اهداءات ٢٠٠٣
الدكتور/ محمد طلعت الغنيمي
الإسكندرية

النـــاشر : المـكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر
٧ ش نـوبار الاسـكندرية ــ ج. ع. م

مطابع مؤسسة الاهرام

دكتور مصطفى الجمال
دكتوراه فى القانون من جامعة باريس
جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس
مدرس القانون المدنى
كلية الحقوق — جامعة الاسكندرية

# نظام الملكية

( ١ )

الملكية الخاصة - الملكية العامة - الملكية التعاونية
مضامينها وأوصافها



المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر
الاسكندرية - تليفون ٢٦٦٠٢

# الإهـداء

إلى أمـال . . :

زوجتي



# تمهيد

١ ــ خلق الله ما فى العالم من أشياء لاشباع حاجات الانسان [1] . غير أن هذه الأشياء تقصر ــ بحالتها الطبيعية ــ عن تلبية حاجات البشر فى تعددها وتنوعها وتجددها . لذلك فقد وهب الله الانسان ادراكا يمكنه من توجيه قواه الى تحويل هذه الأشياء واستنباط وانتاج الجديد منها بما يلبى حاجاته المختلفة .

والانسان فى سعيه اليومى للوصول الى ما يشبع حاجاته يعيش فى مجتمع ، فيتقيد بسعى سائر أفراده ويعتمد عليه فى آن واحد .

اعتماد الانسان فى اشباع حاجاته على ما يقع تحت ادراكه من أشياء ، وعلى جهده وجهد أفراد المجتمع ، يقتضى وضع نظام قانونى لهــــذه الأشياء يحدد موقف الفرد ازاء أفراد المجتمع منها ، تحديدا تتحقق به الكفاية فى الانتاج والعدالة فى التوزيع . هذا النظام هو نظام الأموال بصفة عامة والملكية بصفة خاصة .

٢ ــ وأيا ما كان نظام الأموال أو الملكية فهو ، فى جوهره ، تحديد لمدى اختصاص كل فرد من أفراد المجتمع بما يقع تحت سيطرته من قيم

---

(١) فى هذا المعنى بحثا لــ G. Renard فى موضوع « La pensée chrétienne sur La propriété sociale ». وهــو منشــور فى باريس ســنة ١٩٣٠ مع بحث آخر لــ L. Trotabas فى كتــاب يحمل عنــوان . « La fonction sociale de la propriété ».

مصطفى السباعى ، اشتراكية الاسلام ، الطبعة الثالثة ، ص ٨١ . وفى هذا الصدد يذكر قوله تعالى « لــه ملك السماوات والارض » ( سورة الشورى ٤٩ ) وقوله « سخر لكم ما فى الارض » ( سورة الحج ٦٥ ) ، « وسخر لكم ما فى السموات »(سورة الجاثية ) . ويقرر المؤلف ان هذا المبدأ يؤدى الى غرضين : أنه ليس فى الكون شىء يصعب على الانسان تناوله اذا أعمل عقله وعلمه ، وأن الناس جميعا متساوون فى الاستفادة من خيرات الارض والســماء .

مالية ، ولمدى ما يلقى على عاتقه من أعباء وما يفرض عليه من قيود تتعلق بهذه السيطرة ويقتضيها صالح المجتمع • على أن نظام الأموال أو الملكية يختلف بعد ذلك فى الزمان والمكان باختلاف الظروف التى تتم فيها عملية الانتاج والتوزيع فى المجتمع • بعبارة أخرى فهو يختلف باختلاف الأسس التى يقوم عليها تنظيم المجتمع اقتصاديا واجتماعيا • لذلك فدراسة نظام الأموال أو الملكية تقتضى البصر أولا بجوهر النظام الاقتصادى والاجتماعى الذى يقوم فيه هذا النظام •

واذا ما تمثل المال فى الاختصاص بشىء من الأشياء المادية ، سواء فى كل منافعه أو مظاهره أو فى بعضها ، فقد جرت لغة القانون على القول بأن لصاحب هذا المال حقا عينيا على هذا الشىء • فهو صاحب حق على الشىء الذى اختص بكل منافعه أو بعضها لأنه يستأثر بها دون غيره • وهذا الحق عينى لأنه يرد مباشرة على الشىء بحيث لا يحتاج صاحبه الى تدخل من جانب شخص آخر لاقتضاء مضمون حقه • غير أن فكرة الحق العينى ، وان كانت فكرة فنية بحتة ظهرت فى مرحلة تاريخية معينة لتقديم صياغة قانونية منضبطة لنظام الأموال ، الا أن مضمونها ونطاقها ـ وربما وجودها ـ مرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الاقتصادى والاجتماعى الذى يقوم فيه هذا النظام ، بحيث يقتضى تطور هذا النظام اعادة مراجعة هذه الفكرة من حيث جدواها ومدلولها ومداها •

### ١ ـ الملكية بين الرأسمالية والاشتراكية

**وضع المشكلة :**

٣ ـ لا صعوبة فى التسليم بأن ما يختص به الشخص من أشياء معدة للاستهلاك المباشر تعتبر مملوكة له ملكية خاصة لا يشركه فيها أحد ، أيا ما كان أساس التوزيع الذى يستند اليه هذا الاختصاص • ولكن الصعوبة تظهر اذا ما انتقلنا الى ميدان الأشياء المعدة للاستثمار

واستنباط الجديد مما يصلح للاستهلاك • فالفصل فى ملكية الأشـياء المعدة للاستثمار يرتبط مباشرة بالأساس الذى يقوم عليـه التوزيع فى الجماعة لأن ملكية هـذه الأشـياء تحـدد بالضرورة مصير ما تنتجـه الجماعة من أشياء معدة للاستهلاك •

فاذا سلمنا بامكان اختصاص الأشخاص بالأشياء المعدة للاسـتثمار أو ما يعرف بأدوات الانتاج ، كانت مملوكة لهم ملكية خاصة يستقـل صاحبها بتوجيه استثمارها والاستئثار بثمراتها ، وكان لهذه الملكية ــ مع تراكمها وازدياد دورها فى عملية الانتاج ــ الدور الحاسم فى عملية توزيع الناتج فى الجماعة • واذا رفضنا هذا الاختصاص الفردى ، كانت هـذه الأشياء مملوكة للمجتمع ككل بصورة أو بأخرى ، بحيث يكون لمجموع العاملين فيه سلطة توجيه استثمارها واقتسام ثمراتها كل حسب عمله أو حسب حاجتـه •

**الملكية والصراع بين الرأسمالية والاشتراكية :**

٤ ــ ويشهد العالم فى العصر الحديث صراعا عنيفا بين النوعين من الملكية لم تتضح بعد نتائجه أو معالمه بصفة نهائية •

فقد تمخضت ظروف المجتمع الأوربى ــ ابتداء من القرن السادس عشر ــ عن قيام النظام الرأسمالى فى أعقاب النظام الاقطاعى ، على أساس من الملكية الخاصة وحرية المبادرة الفردية • وساعد اقتران هـذا النظام بازدهار التجارة وبزوغ الثورة الصناعية على لجاحه نجـاحا أدى الى الايمان بأن الملكية الخاصة لوسائل الانتاج هى المحرك الأول لنشـاط الفرد والضمان لحريته من ناحية ، والوسيلة لتحقيق مصلحة المجتمـع باعتبارها مجموع مصالح أفراده من ناحية أخرى • ومن هنا كان رفع مبدأ الملكية الخاصة الى منزلة « القانون الطبيعى » السابق فى وجوده

على وجود المجتمع ذاته ، والقول بأن وظيفة المجتمع هى مجرد حماية ملكيات أفراده بقوانينه ، دون أن يكون من المتصور تدخله لتقييد هذه الملكيات أو الاستحواذ عليها [1] .

غير أنه بالرغم مما حققه نظام الملكية الفردية ، المدعم باطلاق حرية المبادرة ، من تقدم هائل ــ خاصة طوال القرن التاسع عشر ــ فان التطبيق العملى لهذا النظام ، فى ظل اقتصاد صناعى متطور يحتاج أكثر فأكثر الى تجميع القوى المادية والبشرية للقيام بالانتاج ، سرعان ما كشف عن خطورة اطلاقه . فقد أدى هذا النظام بالتدريج الى تركيز رؤوس الأموال فى أيد قليلة تمكنت من السيطرة على مجالات الحياة الاقتصادية الأساسية وتوجيهها لخدمتها . وكانت نتيجة ذلك انقسام المجتمع الصناعى الى أقلية تملك وسائل الانتاج ، فتستحوذ على انتاج المجتمع كله دون جهد وتتمتع بالحرية المطلقة ، وأغلبية لا تملك وسائل الانتاج ، فتفقد ثمرة عملها وتنعدم حريتها الحقيقية فى مواجهة الأغلبية المالكة .

وقد كان رد الفعل لذلك أن قامت الدراسات المختلفة التى تتضافر على مهاجمة نظام الملكية الفردية والدعوة الى نوع آخر من أنواع الملكية الجماعية ، بعضها يكشف عما أدى اليه هذا النظام فى ظل الاقتصاد الصناعى من أوجه الظلم ومن اهدار لمصلحة المجتمع ومن مصادرة للحرية، مما يشكك فى القول بأن الملكية الفردية هى الضمان لحرية الانسان [2] ؛ وبعضها يحاول أن يثبت أن الانسانية فى بدايتها الأولى كانت تعرف

-----

(١) نجد بلورة تامة لهذه النظرة فى ميثاق حقوق الانسان الفرنسى ١٧٨٩ — ١٧٩١ . فقد نصت المادة ٢ من هذا الميثاق « على أن الحقوق الطبيعية هى « الحرية والملكية والامان ومقاومة الظلم » ، ونصت المادة ١٧ على أن « الملكية باعتبارها حقا مقدسا لا يجوز المساس به ، لا يمكن حرمان الشخص منها الا اذا اقتضت ذلك الضرورة العامة المثبتة بالطريق القانونى وبشرط التعويض العادل عنها مقدما » ( راجع فى تحليل هذه النصوص :
**Mohamed Mehdi Eljam, La règle morale dans le droit de la propriété foncière, Genève 1960, p. 61 et ss.)**

(٢) راجع فى الجواب السلبية للعملية الاقتصاديةالراسمالية : محمد دويدار ، فى اقتصاديات التخطيط الاشتراكى ، ١٩٦٧ ، ص ٤٤ وما بعدها .

الملكية الجماعية بشكل أو بآخر أكثر مما تعرف الملكية الفردية ، مما يشكك فى القول بأن الملكية الفردية نظام تفرضه الطبيعة الانسانية [1] ، وبعضها يحاول الربط بين الدراسات السابقة واستخلاص قانون للتطور على نحو ما نعرفه فى المادية التاريخية . ومؤدى هذه الأخيرة أن شكل الملكية يرتبط أوثق الارتباط بأساليب الانتاج فردية كانت هذه الأساليب أو جماعية . فحينما تكون أساليب الانتاج بحيث لا يكفى فى استخدامها جهد الفرد المستثمر ـــ كما هو الحال فى الاقتصاد الصناعى ـــ فلا بد أن تتطور الملكية الى صورتها الجماعية . وقد رتبت المادية التاريخية على ذلك حتمية القضاء على الملكية الفردية لوسائل الانتاج واحلال ملكية المجتمع محلها ، ازالة للتناقض بين أساليب الانتاج فى المجتمع الصناعى وشكل الملكية فيه ، وتحقيقا للتقدم والعدالة معا [2] .

٥ ـــ وقد كان من شأن هذه التيارات الفكرية وما استندت اليه من واقع المجتمع الصناعى أن شهد نظام الملكية ـــ على النطاق العالمى ـــ تطويرا شاملا .

وقد استعلن هذا التطوير أولا فى التضييق المستمر من مضمون الملكية

---

(٢) تؤكد بعض الدراسات الانثولوجية فى القرن التاسع عشر أن الانسان الاول كان يعيش على قطف الثمار وصيد الحيوان ، وبمرور الزمن أدرك ضرورة الاتحاد والعمل المشترك لمواجهة الطبيعة مما أدى الى نوع من الملكية المشتركة ، ثم عرف الرعى والزراعة مما سمح له بتكوين فائض عرف معه لاول مرة تراكم الثروة فنشأت الملكية الفردية ( راجع فى هذا الصدد :

**P. Kalensky, Le concept de propriété, Rapport général au VIème Congrès International de Droit Comparé, Hambourg, 1962 ; Engels, Origine de la famille, de la propriété privée, de l'Etat, trad. Costes 1886).**

ولكن الدراسات التى اجريت حديثا على الجماعات البدائية تشير الى تباين صور الاختصاص بالاموال فى هذه الجماعات الى درجة يصعب معها ادخالها فى القوالب القانونية التى تعرفها مجتمعاتنا المتقدمة ( راجع فى هذا الصدد :

**Rüdiger Schatt, Les problèmes de la propriété privée et collective chez les peuples primitifs, Rapport général au VIème Congrès International de Droit Comparé, Bruxelles 1958).**

(٢) فى المادية التاريخية وتطبيقها على الملكية راجع عرضا واضحا للدكتور جلال احمد امين ، مقدمة الى الاشتراكية ، ١٩٦٦ ، ص ٨٠ ـــ ٩٣

الفردية وفتح بابها أمام المعدمين • فقد تركز تبرير هذه الملكية فيما تحقق من نفع اجتماعى ، وغدا من المسلم الاعتراف بدور المجتمع ــ ممثلا فى القانون ــ فى الحد من سيادة المالك على ملكه تحقيقا للصالح العام ، عن طريق ما يضعه من قيود على مباشرة المالك لسلطاته من ناحية ، ورسم سياسة تمكن من توسيع قاعدة الملكية الخاصة ، كما هو الحال فى توزيع الأراضى على صغار الزراع وفى تمليك المساكن ، من ناحية أخرى ، حتى نادى البعض بأن الملكية أصبحت وظيفة اجتماعية [1] •

واستعلن هذا التطور ثانيا فى تحويل الملكية الخاصة الى ملكية عامة • فقد أفسحت الدول التى لازالت تأخذ بالنظام الرأسمالى مكانا بارزا للملكية العامة الى جانب الملكية الخاصة ، عن طريق التأميم ، حتى لم يعد بلد رأسمالى واحد لا يوجد فيه قطاع عام • أما الدول التى تحولت الى النظام الاشتراكى فقد قصرت الملكية الخاصة على نطاق ضيق لا يسمح بالتفاوت بين مراكز الأفراد الاجتماعية ، ولا يخل بمبدأ اتخاذ العمل معيارا للتوزيع • ووصل بعضها الى حد الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج •

**الملكية وقيام الاشتراكية فى الجمهورية العربية المتحدة :**

٦ ــ أما مصر فقد عرفت نظام الملكية الفردية بمعناه الذى يستند الى المذهب الفردى عند استلهامها لأنظمتها القانونية من التشريع الفرنسى فى الربع الأخير من القرن الماضى • فقد انتقلت الى القانون المدنى

---

(١) فى الوظيفة الاجتماعية للملكية وتطورها راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ ٨ ( حق الملكية ) ، بند ١٩١ وما بعده •
G. Renard et L. Trotabas, op. cit. ; K. Katzarov, Théorie de la nationalisation, p. 168 et ss.

القديم نظرية الملكية الفردية كحق مطلق يسنده ويستند به مبدأ حرية المبـــادرة [1] .

ولكن استيراد مصر لقوانينها من الخارج ، وان كان قد باعد بينهـا وبين تاريخها ، الا أنه قد وصل بينها وبين ما يجرى فى العـالم الحديث من تغيرات اقتصادية وفكرية مختلفة أولا بأول . وقد كان من نتيجة ذلك أن تسللت التأثيرات الاشتراكية السابق الاشارة اليها — فى استحياء — الى القضاء قبل أن تبرز فى القانون المدنى فى اتجاه واضح وتستعلن فيما بعد الثورة فى نظام اشتراكى كامل .

فقد عنى التقنين المدنى الجديد ، استنادا الى القضاء السابق ، بارساء مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحقوق بما فيها حق الملكية ( م ٥ ) ، وبتقرير مسئولية المـالك عن الضرر غير المـألوف الذى تحدثه للجـار مباشرته لحقه ( م ٨٠٧ ) ، كما عنى بوضع القيود الأساسية على سلطات المـالك ضمانا لتوجيهها الوجهة التى تحقق صالح المجتمع .

---

(١) كانت مصر منذ دخولها فى الاسلام ، وحتى دخول القوانين الاجنبية فيها ، تخضع للتشريع الاسلامى . ولاشك أن هذا التشريع يقر الملكية الفردية ويجعل لها حماية وحرمة . غير أن الملكية الفردية التى أقرها التشريع الاسلامى تختلف اختلافا واضحا عن الملكية الفردية كمـا يصورها المذهب الفردى كحق طبيعى مطلق مقدس .

فالملكية الفردية فى الاسلام لا تتمتع بالحماية والحرمة ما لم تكن مستمدة من سبب مشروع يرجع فى النهاية الى العمل الشريف ( عن طريق مباشر أو غير مباشر ) ، ويبعد عن الاستغلال والاحتكار . والملكية الفردية فى الاسلام ليست حقا طبيعيا مطلقا وانما هى استخلاف من الله عز وجل « مالك الملك » والذى له « ملك السموات والارض » ، فتقيد بما يضعه من حدود ، سواء ماتعلق منها بعدم الاضرار بالغير أو باخراج الزكاة والنفقات الواجبة ( راجع فى ذلك مصطفى السباعى ، المرجع السابق ، خاصة ص ٨٣ وما بعدها ) . وقد حدا هذا التصوير للملكية الفردية فى الاسلام البعض الى القول بان الاسلام قد عـرف أول تطبيق عملى للاشـتراكيه ( استاذنا الدكتور على البارودى ، فى الاشتراكية العربية ، ١٩٦٧ ، بند ٢٦ وما بعده ) .

على أنه يلاحظ أن ملـكية الرقبـة فى أراضى مصر كانت للدولة منـذ عهـد الفراعنـة ومن تبعهم من الفاتحين ، وقد أقر العرب هذا الوضع فأعتبروا الرقبة مملوكة للدولة الجديدة وتركوا الانتفاع لاصحاب الاراضى نظير دفع الخراج . وقد ظل هذا الوضع حتى صدور التقنين المدنى الاهلى سنة ١٨٨٣ والامر العالى الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ ، فأصبحت الارض مملوكة لاصحابها ملكية تامة .

فى تاريخ الملكية العقارية فى مصر و تطورها أنظر محمد كامل مرسى
De l'étendue du droit de propriété en Egypte, Paris 1914 .

وجاءت ثورة يوليو ١٩٥٢ فكانت ثورة اشتراكية الاتجاه • وقد عبرت عن ذلك فى ثلاثة من مبادئها الستة الشهيرة ( القضاء على الاقطاع ــ القضاء على الاحتكار وسيطرة رأس المال على الحكم ــ اقامة عدالة اجتماعية ) • وتطبيقا لذلك صدر قانون الاصلاح الزراعى فوضع حدا أقصى لملكية الأرض الزراعية حتى لا تكون هذه الملكية أداة استغلال فى يد المالك ، ورسم السبيل الى توسيع قاعدة الملكية الزراعية باتاحة الفرصة للاجراء لكى يصبحوا ملاكا عن طريق توزيع الأراضى التى يستولى عليها من كبار الملاك والأراضى المستصلحة والتى يتم استصلاحها عليهم •

غير أنه سرعان ما تبين أن تحمل عبء الدولة الحديثة ــ التى يجب أن تكفل لكل فرد فى المجتمع حاجاته الأساسية ــ يقتضى الوصول الى أكبر قدر مستطاع من الكفاية فى الانتاج ومن العدالة فى توزيعه على أفراد المجتمع ، كما تبين أن تحقيق هذين الهدفين فى بلد متخلف كمصر تنقصه رؤوس الأموال وروح الاقدام على المشروعات الأساسية التى لا تدر ربحا عاجلا ، يتطلب تطبيق الملكية الجماعية لوسائل الانتاج الى الدرجة التى تحقق سيطرة الدولة على الانتاج القومى ، حتى تستطيع تنمية وتوزيع هذا الانتاج وفق تخطيط علمى على مستوى المجتمع بأسره [1] • لذلك فقد قامت القوانين المتعاقبة ــ خاصة قوانين يوليو سنة ١٩٦١ ــ بتأميم الجانب الأكبر من قطاع الصناعة والتجارة ، فتحول بذلك جانب كبير من الاقتصاد المصرى الى الملكية الجماعية • وبذلك صار الاقتصاد المصرى موزعا بين الملكية الخاصة ( القطاع الخاص ) والملكية العامة أو الاشتراكية ( القطاع العام ) •

---

(١) فى كون النظام الاشتراكى هو أفضل النظم لتحقيق التنمية الاقتصادية ، راجع جلال احمد امين ص ٢١٤ وما بعدها ، على البارودى بند ٥٩ وما بعده •

## ٢ ــ الملـكية بين الحق العينى والوظيفة الاجتماعية
## ( الاداة الفنيــة لصيانة نظـام الاموال )

### التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

٧ ــ بمثل ما أثار تطور النظام الاقتصادى والاجتماعى الشك حول الملكية فى ذاتها ، فقد أثار هذا التطور الشك حول الاداة القانونية لصياغة نظام الأموال • فقد جرى القول بأن الشخص اذا ما اختص بشىء من الأشياء فى كل منافعه ومظاهره أو فى بعضها فان هذا الشخص يكون له حق عينى على هذا الشىء • والأصل أن يكون هذا الاختصاص شـاملا لكل ما يمكن أن يمثله الشىء من منـــافع ومظاهر ، وهى الاستعمال والاستثمار والتصرف ، فيكون الحق العينى حق ملكية • على أنه استثناء من ذلك قد تقتطع بعض منافع الشىء أو مظاهره من المــالك ويختص بها شخص آخر فيكون الحق المخول لهذا الشخص حقا متفرعا عن الملكية • فاذا كان هذا الاختصاص قاصرا على استعمال الشىء واسـتثماره دون التصرف فيه فيكون هذا الحق حق انتفاع ، واذا كان قاصرا على استعماله دون استثماره أو التصرف فيه فيكون حق استعمال ( أو حق سكنى اذا تعلق الأمر بمنزل ) ، واذا كان قاصرا على استعمال الشىء استعمالا جزئيا كالمرور فيه أو المطل عليه فيكون حق ارتفاق •

وهذا الحق الذى يرد على الشىء هو حق عينى من حيث انه يرد على الشىء مباشرة ، فلا يحتاج صاحبه الى تدخل من شخص آخر للحصول على ما يمثله حقه من منافع الشىء أو مظاهره ، ولا يستطيع أحد مزاحمته فى هذه المنافع أو المظاهر ، خلافا لحق الدائنية الذى يتمثل فى رابطة بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما ، وهو الدائن ، مطالبة الآخر ، وهو المدين ، بأداء معين لا يستطيع أن يصل اليه الا عن طريقه ، ويكون فى مركز مساو لكل دائن آخر يكون له حق دائنية قبل نفس المدين • فالقصد من اضفاء

صفة العينية على الحق الذى يرد على الشيء ، فيخول صاحبه الاختصاص بكل منافعه ومظاهره أو بعضها ، هو التعبير عن سلطتين يقتضيهما هـذا الاختصـــاص :

(١) امكان تتبع هذا الشيء الذى اختص به الانسان اذا ما انتقـل الى غيره ، وسواء كان لهذا الغير حق آخر على الشيء أو كانت سيطرته عليه مجرد سيطرة فعلية ، لاقتضاء المنافع أو مباشرة المظاهر التى اختص بها فى هذا الشيء ، وهو ما يعرف عادة بسلطة التتبع ، وهى سلطة لا تتوافر فى حق الدائنية الذى لا يرد على شيء وانما على ذمة المدين • فطالمـا كان الشيء موجودا والحق العينى قائما كان لصاحب الحق أن يبـاشر سلطته على الشيء وأن يسترده ممن يحوزه أيا كان •

(٢) الاستئثار بالمنافع والمظاهر التى اختص بها الشخص على الشيء دون مزاحمة • فاختصاص الشخص بهذه المنافع والمظاهر يفترض متـع بها فى هذا الشيء ، وهو ما يعرف عادة بسلطة التتبع ، وهى سلطة لا تتوافر أيضا فى حق الدائنية حيث يشترك جميع دائنى المدين بهذا الحق فى ذمته على قدم المساواة [١] •

**انكار فكرة الحق والرد عليه :**

٨ ــ غير أن هذه الصياغة الفنية لنظام الأموال بصفة عامة ، وللملكية بصفة خاصة ، قد تعرضت للنقد فى شقيها •

---

(١) اذا كان هذا هو معيار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، فان هناك نوعا من المراكز القانونية يتمثل فى تأمين يعطى لصاحب حق الدائنية على شيء معين ضمانا للوفاء به كالرهن والاختصاص والامتياز . ومثل هذا النوع من المراكز يخول صاحبه سلطة اقتضاء حقـه من الشيء المخصص لضمان الوفاء به فى أى يد يكون ، فيماثل بذلك الحقوق العينية سالفـة الذكر فى أنه يرد مباشرة على شيء معين ، وان كان يختلف عنها فى أنه لا يخول صاحبه سلطة الانتفاع المباشر بالشيء وانما مجرد سلطة اقتضاء حقه من المقابل النقدى لهذا الشيء . لهذا فقد اصطلح على اعتبار هذا النوع من المراكز القانونية من قبيل الحقوق العينية والتمييز بينها وبين النوع الاول من الحقوق العينية التى تخول سلطات مباشرة فى الانتفاع بالشيء عن طرق وصفها « بالتبعية » ووصف النوع الاول « بالاصلية » .

فقد سبق أن رأينا التيار الفكرى الذى بدأ يتغلب على الملكية الفردية ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر ، فيحد من اطلاقها ويخفف من طغيانها، بما يطوعها لمقتضيات الحياة الاجتماعية ، عن طريق ما يضعه من قيــود على ممارسة سلطاتها • ولقد حاول البعض أن يعبر عن هذا التيار فى صعيد الفكر القانونى النظرى ، فقال ان الملكية لم تعد حقــا بالمعنى الدقيق اذ الحق يفترض صفة الاطلاق ، وانما مجرد « وظيفة اجتماعية » • فاذا كان كل فرد فى المجتمع له دور عليــه أن يؤديه ، فالمــالك كذلك له دوره باعتباره حائزا لجزء من أموال المجتمع ويجب عليه أن يؤديه • وتشــمل وظيفة الملكية عنصرين هما واجب المــالك وسلطته فى استعمال ملكه للوفاء بحاجاته ، وواجبه وسلطته فى استعمال هذا الملك للوفاء بحاجات المجتمع [1] •

والواقع أن انكار وصف الحق على الملكية انما يرجع الى الخلط بين فكرة الحق فى ذاتها كأداة فنية للصياغة ، وبين المضمون الفردى المطلق الذى كان يعطى لهذه الفكرة فى مرحلة تاريخية معينة تحت تأثير المذهب الفردى • ففى ظل هذا الخلط كان الحق يعتبر ميزة للشخص منظورا اليه خارج كل حياة اجتماعية منظمة • ولكن اذا أمكن تجريد فكرة الحق من هذا المضمون الفردى المطلق والاحتفاظ بها كأداة للصياغة الفنية يمكن أن تستوعب مضمونا اجتماعيا كما تستوعب مضمونا فرديا ، فانها تظل صالحة لصياغة فكرة الملكيــــة فى ظل المجتمع الاشتراكى • فالملكية فى المجتمع الاشتراكى يمكن أن تعتبر حقا بالمعنى الدقيق وان كان هذا الحق يأخذ مضمونا جــديدا يختلف عن مضمون حق الملكيــــة فى المجتمع الرأسمالى ، بما يوضع من قيود على حرية المــالك فى الاستفادة من ملكه

---

(1) L. Duguit, Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon, 1912, p. 219 ; R. Savatier, Du droit civil au droit public, p. 8.
وأنظر محمد على عرفه ، حق الملكية ، ج ١ ، بند ١٥

تحقيقا للوظيفة الاجتماعية للملكية [1] .

## نقد التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

٩ ــ واذا كانت فكرة الحق فى ذاتها ما زالت صالحة لصياغة نظام الأموال فى ظل المجتمع الاشتراكى ، فهل مازال من المناسب وصف هذا الحق « بالعينية » تمييزا له عما يسمى بالحق الشخصى أو حق الدائنية ؟

من الواضح أن فكرة الحق العينى مستمدة من النظر الى الأشياء المادية التى تتمثل فى عين من الأعيان . ففى حدود هذا النظر وحده يمكن التمييز بين الحق العينى وبين حق الدائنية الذى يرد على «الذمة» . غير أن التطور الاقتصادى الحديث قد كشف عن أشياء جديدة غير مادية، لا تتمثل فى عين من الأعيان وانما تتمثل فى مجرد قيمة معينة ، ومع ذلك تخضع لنظم مشابهة لنظم الأشياء المادية فى رهنها وتقرير الانتفاع بها ، كما هو الأمر فى المحل التجارى والمؤلف والاختراع ، باعتبارها أشياء معنوية لا تتمثل فى كيان مادى معين . ومن ناحية أخرى كشف التطور الاقتصادى عن حقوق دائنية جديدة ترد على « الذمة » ومع ذلك فهى تتمثل فى كيان مادى معين ، كما هو الحال فى الأوراق المالية كالأسهم

---

(١) راجع فى هذا الموضوع رسالتنا « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques » ; Carbonnier, Droit civil, T. I, p. 136.

ــ طبعة باريس ١٩٦٧ ، بند ١١٤

ومهما يكن من أمر فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الشخصية وان كانت مصلحة المجتمع تتحقق نتيجة لذلك بطريق غير مباشر . ولذلك فيمكن القول ان للملكية وظيفة اجتماعية ــ وهى فى ذلك لا تختلف عن سائر الحقوق ــ دون أن يتضمن ذلك انكارا لفكرة الحق ذاتها ( منصور مصطفى منصور ، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، ١٩٦٥ ، ص ١٤ و ١٥ . وقارب Mohammad Mehdi Eljam, op. cit., p. 54 et ss.) وينبه على البارودى (فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ، بند ١٤٤ ) الى أن « التعبير الشائع الذى يرى أن حق الملكية قد أصبح «وظيفة اجتماعية» لا يتميز بالدقة . «فالوظيفة الاجتماعية» لايمكن أن تكون وظيفة حق الملكية بل هى وظيفة المالك نفسه باعتباره عضوا عاملا فى الجماعة قبل أن يكون مالكا » .

والسندات [1] . وقد ترتب على هذا التطور بشقيه أن ضاع الحد الفاصل بين الحق العينى والحق الشخصى ، أو بعبارة أخرى وجدت مجموعة من المراكز ليس من اليسير القول بضمها لهذا النوع أو ذاك من الحقوق [1] .

ولعل هذا التطور هو الذى يفسر المحاولات المختلفة لهدم التفرقة بين الحق العينى وحق الدائنية . فقد ذهب البعض الى القول بأن الحق العينى ليس الا نوعا من الحق الشخصى يكون الدائن فيه هو صاحب الحق والمدين هو سائر الناس اذ يلتزمون بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق فى تمتعه بحقه [2] . ولكن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح . فقد تبين الفقه فى الحق الشخصى وجود مثل هذا الالتزام قبل الكافة بالامتناع عن التعرض ، الى جانب الالتزام المحدد الواقع على عاتق المدين بهذا الحق قبل الدائن به والذى لا مثيل له فى الحق العينى [4] .

كذلك ذهب البعض الآخر الى القول بأن حق الدائنية ليس الا نوعا من الحق العينى يرد لا على مال معين بالذات وانما على مجموع الأموال الموجودة فى ذمة المدين [5] . ولكن هذه المحاولة لم تفلح بدورها فى طمس معالم التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى . فهى تغفل وجود

---

(١) Marty et Raynaud, Droit civil, T. II, 1960, No. 3.

(٢) وقد تحققت هذه الظاهرة فى أجلى صورها فيما يتعلق بالنقود . فالنقود لم تعد الآن تتمثل كما كانت من قبل فى وزن معين من المعدن ، وانما فى مجرد اداة معينة للدفع ، كالجنيه أو الفرنك وتستمد قيمتها من العوامل النفسية والاجتماعية والاقتصادية التى تحدد قوتها الشرائية . وعلى ذلك يمكن النظر الى النقود كحق عينى يرد على « الورقة النقدية » وكحق دائنية يتمثل فى قيمتها ( راجع فى تحليل النظام النقدى من الناحية القانونية الفصل الأول فى الباب الاول من القسم الاول فى رسالتنا سالفة الذكر )

(٣) فى عرض هذه المحاولة :
Planial et Ripert, Traité théorique et pratique de droit civil, T. III, 2ème éd., No. 37 et s. ; Marty et Raynaud, op. cit., No. 304.

(٤) فى نقد هذه المحاولة راجع حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٥ ، بند ١٤

(٥) فى عرض هذه المحاولة :
Marty et Raynaud, idem ; R. Saleilles, Théorie général de l'obligation, 1925, No. 7 et ss., notamment No. 82 ; Carbonnier, op. cit., p. 39.

علاقة المديونية بين الدائن والمدين فى الحق الشخصى ، تلك العلاقة التى تميزه عن الحق العينى [1] .

١٠ ـــ على أن الجديد فى الأمر هو محاولة الاستفادة مما أسفرت عنه المحاولات السابقة من ايضاح وتحديد لفكرة الحق العينى وفكرة الحق الشخصى فى تقديم تقسيم جديد للحقوق يتفـــادى الصعوبات السابقة . هذه المحاولة تقوم على أساس التفرقة بين حق الملكية وبين كل من الحق الشخصى والحق العينى [2] .

فالملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة فى شيء من الأشياء أو فى مجرد حق من الحقوق الشخصية أو العينية ( غير الملكية بالطبع ) . ففكرة الملكية تعبر عن علاقة التبعية بين شخص معين وبين شيء أو حق منظورا اليه فى ذاته ، ويقابلها ويفسرها فى آن واحـــد الواجب السلبى العام المفروض على الكافة بعدم التعرض لصاحب الحق ، والذى سبق اكتشافه فى جميع الحقوق ( عينية كانت أم شخصـــية ) . وبذلك لا تكون هناك غرابة فيما نعرفه من امكان الدائن رهن الدين أو تقرير انتفاع عليه ، تلك السلطة التى يتمتع بها المـــالك أساسا .

أما الحق الشخصى فهو الدين اذا ما نظر اليه لا فى ذاته وانما من خلال المدين به ، ويقابله ويفسره وجود التزام محـــدد على عاتق المدين يتميز عن الالتزام السلبى العام الواقع على الكافة [3] .

---

(١) فى تقييم هذه المحاولة راجع اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦٦ ، بنـــد ٩ .

(٢) فى عرض هـــذه المحاولة والدفاع عنها :
G. Ginossar, Droit réel, propriété et créance, Paris 1960, Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, R.T.D.C. 1962, p. 573 et ss.

(٣) فعلاقة الدائنيةتحتوى فى الواقع على حقين : حق ملكية اذا ما نظر اليها كقيمة مالية ، وحق شخصى اذا مانظر اليها من خلال الطرف السلبى فيها . آية ذلك اجتماع الواجب السلبى العام الواقع على الكافة مع الالتزام المحدد على عاتق المدين فى هذه العلاقة . وفى هذا يقول **G. Ginossar** ( المراجع السابق ، بند ٣٤ ) :

أما الحقوق العينية فهى الحقوق المقررة لشخص معين على ملك الغير ( وهى الحقوق العينية المعروفة عدا الملكية ) [1] • وهذه الحقوق تماثل الحقوق الشخصية فى وجود التزام فيها ومدين بها يقابل الالتزام والمدين فى الحق الشخصى ، وهو الالتزام الذى يقع على عاتق صاحب الشىء المحمل بالحق العينى • ولكن الحق العينى يتميز عن الحق الشخصى ، فى أن الالتزام الموجود فيه هو « التزام عينى » يرتبط بالشىء الذى يمارس عليه الحق ، وفى أن المدين به بالتالى غير معين اذ هو كل من يملك الشىء المحمل بالحق ومن وقت تملكه لهذا الشىء •

على هذا النحو يتفادى التقسيم الجديد للحقوق المالية الصعوبات الناشئة عن تكييف المراكز الجديدة التى كشف عنها التطور ، عن طريق التسليم بأنها تتضمن حق ملكية بجانب الحق الشخصى • ولكن يبقى بعد ذلك أن نلاحظ أن هذه المحاولة لا تتعدى فى نتائجها جعل فكرة الملكية مرادفة لفكرة « الحق المانع » دون أن تلغى النتائج المعروفة للتقسيم الثنائى للحقوق المالية [2] • فاذا كانت فكرة الملكية ترادف فكرة الحق ، فانه يبقى بعد ذلك أن هذه الملكية قد ترد على شىء مادى وقد ترد على شىء فى الذمة • وهذا الاختلاف فى المحل تنبعث منه الفروق المعروفة بين الحق العينى والحق الشخصى بمعناهما التقليدى •

والجدير بالذكر أن هذا التصوير للملكية يقترب من التصوير الذى

---

« Tout droit de créance s'analyse... en deux rapports distincts et coexistant, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif constitue la substance même de la créance ; le rapport absolu en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers.

(١) G. Ginossar المرجع السابق ، بند ٤٥ وما بعدها •

(٢) فى نقد هذا التقسيم الثلاثى للحقوق راجع :
Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D.C., 1962, p. 20 - 44.

يأخذ به الفقه الاسلامى . فتعريفات الفقهاء للملك تؤول فى النهاية الى علاقة أقرها الشارع بين الانسان والمــال تجعله مختصا به وتجيز له التصرف فيه . والمــال لديهم يشمل الأشياء المــادية كما يشمل الأشياء غير المــادية من منافع وحقوق . ففكرة الملكيـــة لديهم تمتد الى ملكيــة « العين » وملكية « الدين » . والفقهاء حينما يعرضون لأنواع الملك يميزون بين الملك التام والملك الناقص . فالملك التام هو ما ثبت لذات الشىء ومنفعته معا بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة . والملك الناقص هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان : ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها . وملك المنفعة اما أن يثبت للشخص فيقابل ما يعرف لدينا بحق الانتفاع ، واما أن يثبت للعين فيقابل ما يعرف لدينا بحق الارتفاق [1]

١١ ــ واذا كانت فكرة الملكية تتسع ، على النحو السابق ، لكل قيمة مالية ، سواء تمثلت هذه القيمة فى شىء من الأشياء أو فى حق من الحقوق العينية أو الشخصية ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكيــة تتسع كذلك للأشخاص اذا ما كان الشخص يعبر هو الاخر عن قيمــة مالية دون أو تتصل به قيمة انسانية [2] .

واذا كانت اثارة مثل هذا التساؤل تبدو غريبة كل الغرابة أمام الفقه ، الذى درج على القول بأن الملكية لا يمكن أن ترد الا على الأشياء والأشياء المادية بالذات ، فان هذه الغرابة تخف حدتها بلا شك اذا ما تذكرنا أن الأنظمة القانونية القديمة التى كانت تعرف نظام الرق كانت تجعل من

---

(١) راجع فى كل ذلك محمد مصطفى شلبى ، المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعــد الملكية والعقود فيه ، ١٣٨٥ هـ ــ ١٩٦٦ م ، ص ٣١٨ وما بعدها . راجع أيضــا القواعــد للحافظ أبى فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ ــ ١٩٣٣ م ، خاصة القاعدة السادسة والثمانون ص ١٢٥ وما بعدها .

(٢) أثارت هذا التساؤل مناقشة مع الزميل الدكتور جلال العدوى حول ملكية أموال القطاع العام ، وما اذا كان يمكن تفسير أحكامها عن طريق أسناد هذه الملكية الى المشروعات العامة والقول فى نفس الوقت بأن هذه المشروعات تعتبر مملوكة للمؤسسة فالدولة . انظر ما يلى ص ٥٢ ــ ٥٩ .

الرقيق ـ بالرغم من أنه انسان كالانسان الحر سواء بسواء ـ محلا للملكية كالأشياء المادية . واذا لم يكن الرقيق يتمتع بالشخصية القانونية فى قانون كالقانون الرومانى ، وانما كان ينظر اليه كشىء من الأشياء مما يحول دون التسليم بامكان تملك شخص لشخص اخر ، فان الرقيق كان يتمتع فى ظل الشريعة الاسلامية بالشخصية القانونية دون أن يحول ذلك دون ورود الملكية عليه .

واذا كان الرق لم يعد قائما الان بحيث لا نستطيع أن نتكلم عن ملكية انسان لانسان اخر ، فان التطور الحديث قد كشف عن أشخاص قانونية جديدة لا تتمثل فى انسان طبيعى وانما فى مجرد تجمع للاشخاص الطبيعية أو للأموال حول غرض معين يضفى عليه المشرع الشخصية القانونية اعتبارا ، تمكينا له من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات اللازمة لتحقيق الهدف الذى أنشىء من أجله، كالجمعيات والشركات المختلفة . وفى قمة هذه الاشخاص القانونية الاعتبارية ، نجد الدولة ذاتها ـ والاشخاص العامة الأخرى ـ باعتبارها التشخيص القانونى للأمة أو الشعب أو المجتمع . ووجود مثل هذه الأشخاص المعنوية لا شك يطرح للبحث مشكلة العلاقة بينها وبين الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بتكوينها ، وما اذا كانت هذه العلاقة هى علاقة ملكية ، على الأقل اذا ما كانت هذه الأشخاص المعنوية تقوم على تحقيق غرض مالى .

فاذا قام مجموع من الأفراد بتكوين شركة مثلا عن طريق مساهمة كل منهم بحصة فى رأسمالها ، فان الحصص تخرج عن ملكية الشركاء وتعتبر من هذا الوقت مملوكة للشركة باعتبارها شخصا معنويا ، فى مقابل حق الشريك فى نصيب مقابل من الأرباح الى يحتمل أن تحققها، مما يثير التساؤل حول علاقة هؤلاء الشركاء بالشخص المعنوى الذى قاموا بانشائه وهو الشركة [1] . ولما كانت الأشياء المستمرة فى الشركة والتى تعتبر الأرباح ثمارا

---

(١) أنظر فى تقديم الحصص فى رأسمال الشركة : مصطفى طه ، القانون التجارى ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ١٩٥٦ ، ص ٢٦٥ وما بعدها .

لها تعتبر مملوكة للشركة ذاتها كشخص معنــوى وليس للشركاء ، فانه لا مناص من التسليم بمملوكية الشركة كشــخص معنــوى للشركاء • فالشركاء يقومون بتوجيه نشاط الشركة ، ويحصــلون على أرباحهــا ويتحملون خسائرها ، ويتحكمون فى وجودها ، على نحو تبدو معه هذه الملكيات المختلفة مقابلا لسلطات المالك المعروفة فى الاستعمال والاستثمار والتصرف • وهذه المكنات المختلفة التى تثبت لكل من الشركاء لا يمكن تفسيرها الا على أساس أن كلا من الشركاء وان كان قد نقل الى الشركة ملكية الحصة التى تخصه فى رأسمالها الا أنه فى مقابل ذلك يصبح مالكا لحصة مقابلة لها فى الشركة ذاتها كشخص معنوى ، بحيث تكون الشركة مملوكة لجميع الشركاء على الشيوع • ولعل هذا التحليل يفسر كيف أن قواعد ادارة الشركات وحلها تماثل فى جوهرها قواعد ادارة الشيءالمملوك على سبيل الشيوع والتصرف فيه •

على هذا النحو يمكن القول بأن الشخص الطبيعى يخلق الشــخص المعنوى فيكون مملوكا له ، ثم يدفع اليه بأمواله ليقوم باستثمارها فيمــا يخصصه له من أغراض ، تحت اشرافه ، فاذا ما حقق الشخص المعنوى ثمرة من ذلك كانت مملوكة له من الناحية القانونية ولكنها تعــود الى الشخص الطبيعى فى النهاية باعتباره مالكا للشخص المعنوى ذاته • ولعل هذا القول يذكرنا بما كان يسمح به القانون الرومانى والشريعة الاسلامية من ترك السيد بعض أمواله لرقيقه يستثمره ، فتكون ثمرته له دون هذا الأخــير •

أكثر من ذلك فان الشركات ــ وخصوصا المساهمة منها ــ تتجه فى العصر الحديث الى التجمع فى مجموعات كبيرة تضم كل مجموعة منهــا عدة شركات يسيطر بعضها على بعض مع احتفاظ كل منها بشخصيتهــا القانونية المستقلة ، على نحو يتيح للشركة التى تكون فى قمة المجمــوعة القيام بأنواع متعددة من النشاط التجارى والصناعى عن طريق الشركات

التى تسيطر عليها • ويتم تكوين هذه المجموعات عن طريق قيام الشركة الأم بخلق الشركات الفرعية أو شرائها لأسهمها [1] • وفى هذه الحالة أيضا تكون أموال الشركات الفرعية مملوكة لها ، ولكن الشركة الأم تقوم بتوجيه نشاط هذه الشركات والحصول على ناتج استثمارها والتحكم فى وجودها ، على نحو لا يمكن تفسيره الا بالقول بمملوكية الشركات الفرعية للشركة الأم [2] •

خلاصة القول أنه كما سلمنا بمملوكية الحق فلابد أن نسلم كذلك بمملوكية الشخص المعنوى بالرغم من تمتعه بالشخصية القانونية ، على الأقل كلما كان هذا الشخص يتمثل فى قيمة مالية معينة ، وكانت الشخصية القانونية مجرد وسيلة لاستثمار هذه القيمة على نحو أكمل دون أن تعبر عن قيمة انسانية كما يعبر الشخص الطبيعى • والقول بمملوكية الشخص المعنوى على هذا النحو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية اقتضتها الاعتبارات الاقتصادية والقانونية التى تتمثل فى ضرورة خلق شخص قانونى يقوم بعملية الانتاج ويمارس سلطة الملكية على أدواته على سبيل الاستقلال ، فى الوقت الذى يكون فيه من اختصاص شخص آخر يستأثر به فيكون خاضعا لتسلطة المانع فى وجوده وفى منفعته •

---

(1) Michel Vanhaeche, Les groupes de sociétés, Paris 1959 ; Succursales et Filiales dans le Marché Commun (Problèmes juridiques et fiscaux), Etudes réalisées sous l'égide de l'Asscciation Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales, Paris 1963.

(٢) يحلل الفقه هذه الظاهرة الى عنصرين أساسيين ، العنصر الاول هو الشخصية المعنوية التى تتمتع بها الشركات الفرعية بجانب شخصية الشركة الام ، والعنصر الثانى هو الرقابه والاشراف التى تمارسها الشركات الام على الشركات الفرعية من الناحية المالية والادارية والذى تخوله لها مساهمتها فى هذه الشركات ( انظر فى هذا الشأن القسم الاول من مؤلف Michel Vanhaeche السابق الاشارة اليه ) •

ويبدو لنا أن فكرة الرقابة والاشراف المستند الى المساهمة تقصر عن اجلاء طبيعة العلاقة بين الشركة الام والشركات المتفرعة عنها • فهذه الرقابة وهذا الاشراف مازالا فى حاجة الى أساس يستندان اليه ، وهذه المساهمة مازالت فى حاجة الى التكييف •

وفى نظرنا أن أساس الرقابة والاشراف هو ملكية الشركة الام للشركات الفرعية كأشخاص معنوية ، وأن المساهمة لا يترتب عليها ملكية الشركة الام لاموال الشركات الفرعية التى تساهم بها فيها وانما ملكية حصة فى هذه الشركات ذاتها كأشخاص معنوية بقدر يقابل هذه المساهمة.

ويلاحظ أن انهاء الشخص المعنوى محل الملكيـــة يترتب عليه نفى التدرج السابق فى الملكية ، فتعود الأشياء التى كانت مملوكة لهذا الشخص الى ملكية الشخص الذى أنشأه بعد أن زالت الواسطة بينه وبينها .

**هل يمكن ابتداع حقوق عينية غير التى نص عليها القانون :**

١٢ ــ اذا كان حق الملكية والحقوق العينية مازالت الأداة القانونيـــة للتعبير عن مدى اختصاص الأشخاص بالأموال فانه يبـــدو من التعـــداد السابق لهذه الحقوق أنها تستغرق كل الفروض المتصورة لهذا الاختصاص، سواء كان شاملا لكل هذه المنافع أو لبعضها فقط ، بحيث لا يتصور وجود حقوق عينية أخرى على الشىء . ومع ذلك فقد ناقش الفقه امكانية قيـــام الأفراد بانشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها المشرع . فقال البعض فى فرنسا ومصر بجواز الاتفاق على انشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها القانون ، وضربوا مثلا لذلك حالة التزام مالك سطح الأرض بعدم مطالبة مستثمر المنجم بالتعويض عن الأضرار المترتبة على هذا الاستثمار ، وحالة التزام مشترى المحل التجارى بالامتناع عن ممارسة بعض أوجه النشاط التى يحتفظ بها البائع لنفسه ، فقالوا بوجود حق عينى فى هذه الحـــالات لصالح مستثمر المنجم أو بائع المحل التجارى يرتبط بالأرض أو بالمحل التجارى ولا يزول ببيع أى منهما الى مشتر جديد [1] . ولكن أغلبية الفقه تذهب الى أن الحقوق العينية قد وردت فى القانون على ســـبيل الحصر بحيث لا يجوز للأفراد ابتداع حقوق جديدة غير تلك التى نص عليهـــا القانون ، تأسيسا على أن الحق العينى من حيث أنه يخول صاحبه ســـلطة التسلط المباشر على الشىء فى حدود مضمون حقه ، فهو حق مطلق يجب

---

(١) فى بيان الفقه الذى يأخذ بهذا النظر راجع :
Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6ème éd. par E. Bartin, T. 2 note quater p. 71.

وقد سار القضاء الفرنسى فى هذا الاتجاه وتبعته بعض المحاكم المصرية ( انظر الاحكام المشار اليها فى : محمد على عرفة ، بند ١٩ وما بعده ) .

على الناس احترامه ، ولا يمكن باتفاق بين الأفراد خلق واجب سلبى عام على النـاس كافة باحترام الحق العينى الذى يبتدعه الأفراد باتفـاق بينهـم [1] .

ونلاحظ على هـذا الرأى الأخير أن الواجب السلبى العـام الواقع على الكافة باحترام الحق يوجد ـ كما سبق أن رأينا ـ بالنسبة للحق العيـنى [2] مما يمكن معه القول بأنه ليس هناك مانع قانونى من امكان الأفراد ابتداع حقوق عينية جديدة باتفاقاتهم اذا كان ذلك متصورا من الناحية العملية . ولكن الواقع أن الأمثلة التى ضربها الفقه لحقوق عينية يبتدعها الأفراد لا تتضمن حقوقا عينية جديدة لم ينص عليها المشرع وانما مجرد تحديدات أو توابع لهذه الحقوق التى نص عليها القانون [3] . ومثل هذه التحديدات أو التوابع لا شك فى جوازها اذا لم يكن فيهـا ما يخالف النظام العام ، ولا شك فى الزامها لمن ينتقل اليه الشىء المحمل بها اعمالا لقواعد الاستخلاف فى الالتزامات والحقوق الشخصية اذا كانت من مستلزمات الشىء الذى انتقل الى الخلف وكان هذا الأخير على علم بها ، تطبيقا لحكم المـادة ١٤٦ من القانون المدنى المصرى الجديد ، ودون حاجة الى اعتبارها من قبيل الحقوق العينية . ولعل انعدام مثل هذا النص فى القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم هو الذى دفع بعض الفقـه الى اعتبار هذه الصور من قبيل الحقوق العينية توصلا الى الزام الخلف بهـا [4] .

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٨ ، اسماعيل غانم ، حق الملكية ، ١٩٦١ ، بند ٤ ، محمد على عرفة ، المرجع السابق ، بند ١٨ .

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., No. 8 ; Ginossar, op. cit., No. 58.

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., No. 8.

(٤) أسماعيل غانم ، بند ٤ .

فى تطور الفقه والقضاء نحو الاحتجاج بالحقوق الشخصية على غير المتعاقدين :
Limpens, de l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, Mélanges P. Roubier, 1961, T. II, p. 89 et ss.

١٣ ـ على ضوء الأفكار السابقة فى تطور نظام الملكية وفى تحـديد طبيعتها نفصل القول فى نظام الملكية فى الجمهورية العربية فى قســمين أساســيين :

القسم الأول : حق الملكية : ونعرض فيه لتحليل الملكية ، أنواعهـــا ومضمونها وأوصافها .

القسم الثانى : مصادر الملكيــة : ونعرض فيه لتــداول الملكيــة بين الأشخاص طبيعية كانت هذه الأشخاص أم معنوية وما يفرضه القــانون من قيود على ذلك .

# القسم الأول

## حق الملكية

١٤ ــ تعبر فكرة الملكية ، فى معناها البسيط المستمد من الواقع الذى عاشه الانسان منذ بدأ الخليقة ، عن اختصاص الشخص بشىء من الأشياء اختصاصا يكفل له السيطرة على منافعه وكيانه • والملكية على هذا النحو تفترض شخصا معينا يسند اليه الاختصاص بالشىء المملوك ، طبيعيا كان هذا الشخص أم معنويا وعاما كان الشخص المعنوى أم خاصا ، بما يفضى الى تنوع صورها ، وتتحصل فى مكنات معينة يمارسها المالك على ملكه تعتبر مضمونا لها •

على أن الملكية قد تقترن بعد ذلك بوصف من الأوصاف مما يغير من وضعها العادى •

على هذا النحو نعرض لتحليل حق الملكية فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول : صور الملكية •

الباب الثانى : مضمون الملكية •

الباب الثالث : أوصاف الملكية •

# الباب الأول

## صـــور الملكية

١٥ ـ يتوزع النشاط الاقتصادى فى الجمهورية العربية المتحدة ، كما رأينا ، بين قطاعين أساسيين : القطاع العام والقطاع الخاص . هذا الأساس هو الذى أخذ به ميثاق العمل الوطنى الصادر فى مايو ١٩٦٢ ، والذى وضع الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع التى تلتزم بها الحكومة حتى سنة ١٩٧٠ . فالملكيـة فى مصر تتخـذ اذن صـورتين أساسيتين : الملكية الخاصة والملكية العامة . وهذا التعايش بين النوعين من الملكية فى مجتمع اتخذ تحقيق النظام الاشتراكى كهدف نهـائى يسعى للوصول اليه يجعل من الضرورى أن نتعرف على التصوير الذى اختاره المشرع المصرى لهما ، والذى قد يميزهما عن سمات الملكية الخاصـة أو العامة فى المجتمعات الرأسمالية أو الاشتراكية التى سبقتنا فى التجربة . على أن دستور سنة ١٩٦٤ يشير ، عند بيانه لأشكال الملكية ، الى نوع ثالث من الملكية هو الملكية التعاونية . فقد نصت المـادة ١٣ من هذا الدستور على أن « الملكية تكون على الأشكال التالية : ( أ ) ملكية الدولة أى ملكية الشعب ، وذلك بخلق قطاع عام قوى وقادر ، يقود التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية (ب) ملكية تعاونيـة أى ملكية كل المشتركين فى الجمعية التعاونية (جـ) ملكية خاصة أى قطاع خاص يشترك فى التنمية فى اطار الخطة الشاملة لها من غير استغلال على أن تكون رقابة الشعب شاملة للقطاعات الثلاثة مسيطرة عليها » .

الفصـل الأول : الملكية الخاصة

الفصـل الثانى : الملكية العامة

الفصـل الثالث : الملكية التعاونية

# الفصل الأول

# الملكية الخاصة

١٦ ــ تقوم النظم الرأسمالية أساسا على الملكية الخاصة ، كما أن أكثر النظم الاشتراكية تطرفا لم تصل الى حد القضاء التام على هذه الملكية • غير أن للملكية الخاصة فى مصر مركز يختلف عن مركزها فى هذين الطرفين المتناقضين • هذا المركز ينعكس بالضرورة على نطاقها وخصائصها ، ومدى الحماية المكفولة لها •

## المبحث الأول

### الملكية الخاصة بين النظام الرأسمالى والنظام الاشتراكى

**الملكية الخاصة والنظام الرأسمالى :**

١٧ ــ تستمد النظم الرأسمالية فلسفتها من المذهب الفردى الذى يرى أن للانسان حقوقا طبيعية تقتصر وظيفة المجتمع على ضمان احترامها ، ذلك الاحترام الذى يحقق بدوره صالح المجتمع • والملكية الخاصة فى هذا المذهب حق طبيعى مقدس يعبر عن حاجة الفرد ، فضلا عن أنه يحقق صالح المجتمع باعتباره أعظم حافز على زيادة الانتاج وتحسينه [1] •

---

(١) كانت الملكية فى العهد الاقطاعى انعكاسا للتكوين الاجتماعى فيه ، ذلك التكوين الذى يميز بين السيد وبين تابعيه . فقد كانت الملكية تتضمن حقين : الملكية الفعلية (domaine utile) وتكون للتابع (Vassal) والملكية الاصلية (domaine iminent) وتكون للسيد (Seigneur) وتتمثل فى بعض المزايا والخدمات التى يؤديها التابع اليه . وبمرور الزمن اقتربت الملكية الفعلية من الملكية الفردية وآلت الملكية الاصلية الى مجرد تكاليف تثقل الارض ، حتى كانت الثورة الفرنسية فحررت الارض من هذه التكاليف الاقطاعية وصارت الملكية الفعلية ملكية خاصة لصاحبها ( أنظر فى ذلك السنهورى ، بند ٢٩٢ ) .

على هذا النحو ينبسط مجال الملكية الخاصة فى النظم الرسمالية ليشمل جميع أوجه النشاط الاقتصادى سواء ما كان منها معدا للاستهلاك أو ما كان معدا للاستثمار وانتاج الجديد من الثروات ؛ ويقتصر مجال نشاط الدولة ممثلا فى الملكية العامة على المشروعات التى لا يقوم عليها الأفراد لأنها لا تحقق مصلحة خاصة لهم بالرغم مما فيها من نفع محقق للمجتمع •

وبالمثل ينبسط سلطان المالك على ملكه دون ما حدود ترده ، فيكون له كامل السلطات المتصورة على الشيء من استعمال واستثمار وتصرف ، ويكون له كامل الحرية فى مباشرة هذه السلطات أو عدم مباشرتها بما يحقق مصلحته الشخصية دون نظر الى ما قد ينتج عن هذه المباشرة من استغلال للغير أو اضرار به ودون نظر لما قد ينجم عن عدم مباشرتها من تعطيل لثروات المجتمع ، كما يكون له أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو لم يكن يترتب على هذا الانتفاع أى ضرر له • ومن هنا كان القول بأن الملكية حق مطلق يمتد الى جميع السلطات المتصورة على الشيء ، وحق دائم لا يسقط بترك الشيء المملوك أو عدم مباشرة سلطات الملكية عليه مهما طالت مدة الترك أو عدم المباشرة ؛ وحق مانع يجعل المالك وحده متمتعا بسلطات الملكية دون مشاركة من أحد •

وتنتيجة لذلك فان وظيفة الدولة الأساسية تتمثل فى حماية الأفراد من كل اعتداء يقع من أحدهم على الآخر فى ملكه • أما أن تمتد يد الدولة الى تقييد المالك فى ممارسته لسلطاته بحجة منع استغلاله لمن يرتبط بهم فى هذه الممارسة أو منعه من الأضرار بالغير ، واما أن تمتد يدها الى انتزاع الملكية من صاحبها بحجة اعادة توزيع الثروة توزيعا عادلا ، فذلك ما يخرج عن حدود وظيفتها •

واذا كانت المادة ٥٤٤ من القانون المدنى الفرنسى الذى يعتبر نموذجا

للنظرية الرأسمالية فى الملكية تردف تعريفها للملكية بأنها حق فى التمتع والتصرف فى الأشياء بطريقة مطلقة ، باشتراطها ان لايكون استعمال هذه الأشياء مما تحظره القوانين واللوائح ، فان واضعى هذا القانون لم يكن فى أذهانهم سوى بعض الارتفاقات المتعلقة بالمصلحة العامة والتشريعات المتعلقة بالأماكن الخطرة ونزع الملكية للمصلحة العامة .

**الملكية الخاصة والنظام الاشتراكى :**

١٨ ــ أما النظم الاشتراكية فتستمد فلسفتها من المذهب الاجتماعى الذى يرى أن الفرد ليس له كيان مستقل عن الجماعة التى يعيش فيها ، وينكر وجود حقوق طبيعية للفرد سابقة على وجوده ، ويرى أن من حق المجتمع التدخل لمنع استغلال الانسان لأخيه الانســان . لذلك فالفكر الاشتراكى ينادى بضرورة الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتـاج الغــاء تاما باعتباره الوسيلة الوحيدة للقضاء على الاستغلال ، فالقضاء على هذا الاستغلال يقتضى أن يحصل العامل على جميع ما ينتجه باعتبــار عمله هو المصدر الوحيد لانتاجه ، ولكن الواقع أن المالك فى ظل نظــام الملكية الخاصة يقاسمه هذا الانتاج بمقتضى ملكيته لوسائل الانتاج . فما يحصل عليه المالك ــ بدون عمل ــ يعتبر استغلالا للعامل ، ومن ثم فالســبيل الى الغاء هذا الاستغلال هو القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج، وجعل العمل هو المعيار الوحيد للتوزيع فى الجماعة [1] .

تطبيقا لذلك نجد التطبيق السوفيتى يكاد يلغى الملكية الخاصــة لوسائل الانتاج ويقصرها على وسائل الاستهلاك . بل ان الفقهاء السوفيت يأنفون من تسمية هذه الملكية بالملكية الخاصة لاقتران الملكية الخاصــة فى أذهانهم باستغلال الانسان للانسان .

---

(١) فى نظرية القيمة وفائض القيمة فى الفكر الاشتراكى الماركسى راجع جلال احمد أمين : المرجع السابق ، ص ٩٧ ــ ١١٦ .

فالملكية الخاصة تقتصر فى مجال الانتاج على الاستثمارات الزراعيه الصغيرة والمشروعــات الحرفيــة التى لا تستخدم أيديا عاملة مأجــورة ( م ٩ من دستور ١٩٣٦ ) ، كملكية الصانع الصغير للآلة التى يعمل عليها بيده وملكية المزارع لبعض المواشى التى يستهلك لبنها . أما فى مجــال الاستهلاك فتشمل الملكية الخاصـــة ما يسمى بالملكية الشخصية [١] التى تتمثل فى أجر الانسان من عمله ومدخراته ، بالاضافة الى المسكن والأدوات المنزليـــة وأدوات الاستعمال الشخصى ( م ١٠ من دستور ٩٣٦ ) [٢] ، كما تشمل ما يسمى بالملكية العائلية ، وتتمثل فى بعض المبانى والمنشآت والمزروعات التى تقام على قطعة من الأرض تمنح الدولة للعائلة حق الانتفاع بها بحيث تكون مملوكة لها دون الأفراد المكونين لهــا ويتولى رئيس العائلة ادارتها [٣] .

والملكية الخاصة فى الاتحاد السوفيتى لا تتمتع على هذا النحو بأى من الخصائص التى تتمتع بها فى النظام الرأسمالى . فسلطان المــالك على ملكه مقيد دائما بما تقتضيه أهداف النظام الاشتراكى ، سواء فيما يتعلق بمدى حريته فى الانتفاع بملكه ، أو فى مدى دوامه معقودا له ، أو فى مدى استئثاره به [٤] .

والملكية الخاصة فى الاتحاد السوفيتى تعتبر مرحلة تطور مآلهــا الى

---

(١) تتمتع هذه الملكية بحماية خاصة بالنظر لطبيعتها ، فلا يمكن الحجز عليها ويمكن نقلهــا أو رهنها أو توريثها دون قيود ( انظر فى هذا الشأن :

(K. Katzarov, op. cit., p. 179 et ss.

ويمكن التقريب بين هذا النوع من الملكية والاموال التى لا يجوز الحجز عليها وفقا لقــانون المرافعات فى البلاد الغربية

(٢) فى تفصيل هذه الملكية ومحتوياتها أنظر :

K. Stoyanovitch, Le régime de la propriété en U.R.S.S., Paris, 1962, No. 115 et ss.

(٣) فى تفصيل هذه الملكية ومحتوياتها انظر المرجع السابق بند ١٠٠ وما بعده .

(٤) راجع هذا الصدد :

R. David et J. Hazard, Le droit soviétique, T. II, 1954, p. 18 et ss.

الزوال عندما يصل المجتمع الى مرحلته النهائية ، لذلك فهى فى مرتبة أدنى من أنواع الملكية الأخرى . وطبيعى أن تنعكس هذه النظرة الى الملكية الخاصة على مدى الحماية المقررة لها وعلى وسائل هذه الحماية . فالملكية الخاصة ترتفع عنها حماية القانون كلما أصبحت متعارضة مع البرنامج السياسى الاشتراكى سواء تمثل هذا التعارض فى مساسها بالمصلحة العامة أو بمصلحة خاصة أخرى يرى القاضى أنها أقرب الى التعبير عن أهداف المجتمع الاشتراكى . والملكية الخاصة تقتصر حمايتها على وسائل القانون العام دون وسائل الحماية الأخرى الاستثنائية التى تتمتع بها أنواع الملكية الأخرى [1] .

## المبحث الثانى

### الملكية الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة

١٩ ــ لم يذهب النظام الاشتراكى فى مصر الى حد الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وانما اكتفى بتحقيق سيطرة الدولة على وسائل الانتاج الأساسية التى تتمثل فى هياكل الانتاج والمصارف والجانب الأعظم من قطاع الصناعة والتجارة . فقد نص ميثاق العمل الوطنى فى الباب السادس منه على أن « سيطرة الشعب على كل أدوات الانتاج لا تستلزم تأميم كل وسائل الانتاج ، ولا تلغى الملكية الخاصة ولا تمس حق الارث المترتب عليها ، وانما يمكن الوصول اليها بطريقين :

أولهما : خلق قطاع عام وقادر يقود التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية .

---

(1) K.S. Toyanovitch, op. cit., No. 123.

ثانيهما : وجود قطاع خاص يشارك فى التنمية فى اطار الخطة الشاملة لها من غير استغلال . على أن تكون رقابة الشعب شاملة للقطاعين مسيطرة عليهما معاً » .

وفى موضع آخر من نفس الباب نص الميثاق على أن « الأهمية الكبرى المعلقة على دور القطاع العام لا يمكن أن تلغى وجود القطاع الخاص .

ان القطاع الخاص له دوره الفعال فى خطة التنمية من أجل التقدم، ولابد له من الحماية التى تكفل له أداء دوره .

والقطاع الخاص الآن مطالب بأن يجدد نفسه ، وبأن يشق لعمله طريقا من الجهد الخلاق ، لا يعتمد كما كان فى الماضى على الاستغلال الطفيلى » .

كذلك نص الميثاق فى الباب السابع منه على أن « التطبيق العربى للاشتراكية فى مجال الزراعة ، لا يؤمن بتأميم الأرض وتحويلها الى مجال الملكية العامة ، وانما هو يؤمن ، استنادا الى الدراسة والى التجربة ، بالملكية الفردية للارض فى حدود لا تسمح بالاقطاع » .

٢٠ ــ ولقد أثار تميز النظام الاشتراكى لدينا ، كما هو مطبق بالفعل، عن غيره من النظم الاشتراكية ، بالابقاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج فى نطاق معين ، نقاشا حادا حول نظرة نظامنا الى الملكية الخاصة ومستقبلها فى ظله .

فقد ذهب البعض الى أن النظام الاشتراكى المصرى ينظر الى الملكية الخاصة لوسائل الانتاج نفس نظرة الماركسية اليها باعتبارها فى ذاتها أداة استغلال الانسان للانسان ، مستفيدين فى ذلك من اضفاء الميثاق وصف العلمية على نظامنا الاشتراكى ، ذلك الوصف الذى عرفت به الاشتراكية

الماركسية . ويرتب هذا البعض على ذلك أن الملكية الخاصة لوسائل الانتاج مآلها فى النظام الاشتراكى المصرى الى الزوال . أما وجودها الحالى فهو وجود ، « مرحلى » تفرضه ظروف المرحلة التى نمر بها من نقص أموال الاستثمار فى الدولة عما تتطلبه التنمية ، وعدم امكان القطاع العام الاستفادة من جميع الطاقات العاملة فى المجتمع فى المرحلة الراهنة [1] .

وذهب البعض الآخر الى أن النظام الاشتراكى المصرى له نظرته الذاتية للملكية الخاصة التى تتميز عن النظرة الماركسية ، والتى عبر عنها الميثاق فى جلاء ووضوح . فقد تبلورت النظرة الاشتراكية الماركسية للملكية الخاصة فى عصر كانت فيه الرأسمالية فى قمة طغيانها الذى لاتحده حدود القانون، فكان طبيعيا أن تتصور ــ ان خطأ وان صوابا ــ أن القضاء التام على هذه الملكية فى مجال الانتاج هو الطريق الوحيد للقضاء على الاستغلال الرأسمالى . أما نظرة الميثاق الوطنى المصرى للنظام الاشتراكى فقد جاءت فى وقت أثبتت فيه كثير من التجارب الاشتراكية السابقة جدوى بقاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج فى الحدود التى لاتخل بسيطرة القطاع العام على وسائل الانتاج الرئيسية فى المجتمع [2] ، كما أثبتت امكان القضاء على الاستغلال الذى صاحب الملكية الخاصة فى النظام الرأسمالى عن طريق تنظيم القانون للعلاقات المختلفة التى يدخل

---

(١) عبد الرازق حسن ، خريطة الاقتصاد القومى بين القطاع العام والقطاع الخاص ، الطليعة يونيو ١٩٦٥ ، ص ٦٩ . فى هذا الاتجاه أنظر ايضا : فؤاد مرسى ، البنوك بين الدول الاستعمارية والمستعمرات ، الطليعة يناير سنة ١٩٦٦ ص ١٠٠ وما بعدها ، طارق البشرى ، الاتجاهات الفكرية فى مفهوم الملكية ، الطليعة اكتوبر سنة ١٩٦٦ ، ص ٣٠ وما بعدها ، اسماعيل صبرى عبد الله ، القطاع العام بين الرأسمالية والتجربة المصرية ، الطليعة، نوفمبر سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٩ وما بعدها .

(٢) تتلخص بواعث بقاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج بجانب القطاع العام فى معاونة هذا الاخير بما يتيحه من فرص العمل ومن وجوه الاستثمار التى قد يبتكرها أصحابها ، وفى تنشيطه بما يفتح أمامه من مجالات المنافسة الحرة فى اطار التخطيط الاقتصادى العام وما يقدمه من أداة للحكم على مدى فاعليته بمقارنة ما يحققه القطاع الخاص والقطاع العام من نتائج ( أنظر فى هذا الشأن بصفة خاصة على البارودى ، دروس فى الاشتراكية العربية ص ٩٣ ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ، بند ٦١ وما بعده ) .

فيها المالك مع غيره تنظيما عادلا • وعلى ذلك فالابقاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ــ فى الحدود وبالشروط التى وضعها الميثاق ــ يعتبر وفقا لهذا الرأى وضعا مستقرا وليس مرحلة تطور •

٢١ ــ ونحن لا نشك فى أن النظام الاشتراكى فى مصر يهدف الى القضاء الشامل على الاستغلال الرأسمالى وفى أن الاستغلال يتمثل بالضرورة فى حصول المالك على نصيب من الناتج بمقتضى مركزه كمالك ودون جهد يبذله فى الانتاج ، ولكنا نشك فى أن مجرد الغاء الملكية الفردية يؤدى بالضرورة الى القضاء على الاستغلال • فقد يتمكن بعض الأفراد من استغلال البعض الآخر استنادا الى مراكز أخرى للسلطة غير مركز المالك • وكلنا يعرف التفاوت الضخم فى سلم الأجور وفى الخدمات الاجتماعية والصحية فى الاتحاد السوفيتى [١] •

فلكى يتم القضاء على الاستغلال يجب أن تتكفل القوانين الاشتراكية بتحديد نصيب عادل لكل فرد فى الانتاج وفى الخدمات المختلفة • ومادام الأمر كذلك فليس هناك ما يحول دون الابقاء على الملكية الخاصة ــ فى نطاق لا يخل بسيطرة القطاع العام على الانتاج والتوزيع ــ كحافز من حوافز الانتاج ، خاصة اذا كانت ظروف المجتمع المختلفة تتطلب هذا الحل ، مع اعادة تشكيل العلاقات المختلفة المترتبة عليها بما يقضى على الاستغلال ، أو على الأقل بما يحد منه الى أكبر قدر ممكن • على هذا النحو نجد أن مطالعة نصوص الميثاق والقوانين المختلفة المتعلقة بالعلاقات الناشئة عن الملكية تنبىء عن استناد النظام الاشتراكى المصرى الى تعايش القطاع الخاص مع القطاع العام ــ فى الحدود التى تكفل سيطرة الأخير ــ مع تشكيل سلطاتها ومدى حمايتها تشكيلا يرتفع بوظيفتها

(١) يشير الدكتور على البارودى فى هذا الصدد ( فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ص ٦٨ هـ ٣ ) الى مؤلف شارل بتلهايم عن التخطيط الاشتراكى ، ص ٣٥ وما بعدها .

الاجتماعية الى قمة مستواها ويباعد بينها وبين خصائص الملكية الخاصة فى النظام الرأسمالى •

فمن ناحية تنظيم استعمال المالك لسلطاته نجد أن النظام الاشتراكى فى مصر ان كان يبقى على الملكية الخاصة فى الحدود السابق بيانها ، فانه يقصد بذلك الملكية غير المستغلة ، ويرسم السبيل الى تخليص هذه الملكية من الاستغلال عن طريق اعادة صياغة العلاقات المختلفة الناشئة عنها [1] صياغة قانونية تكفل لكل من أطرافها نصيبا عادلا فى الربح والانتاج • فعلاقة المالك بالعامل يجب أن تتحول من علاقة استغلال لظروف العرض والطلب على العمل لتصبح علاقة تعاون عادل وشركة فى الربح وفى الادارة. عن طريق القوانين التى تحدد الأجور وتشرك العامل فى الربح وفى ادارة المشروع • وعلاقة المالك بمستهلك السلعة أو الخدمة التى يقدمها المالك تتحول من علاقة استغلال لظروف العرض والطلب على هذه السلعة أو الخدمة فى سبيل الحصول على أكبر ربح ممكن بأقل جهد الى علاقة يحدد فيها للمالك المنتج ربح معلوم يتناسب مع دوره فى الانتاج ، عن طريق القوانين التى تحدد أثمانا مدروسة للسلع والخدمات ، وايجارا للأراضى الزراعية • وعلاقة المالك بجاره لا يحكمها مبدأ اطلاق يد المالك فى الانتفاع بملكه واستئثاره بهذا الانتفاع وانما يحكمها تنظيم عادل لعلاقات الجوار عن طريق منع المالك من الأضرار بجاره ضررا غير قانونى وتمكين الجار من استعمال هذا الملك اذا اقتضت الضرورة ذلك وفى نظير التعويض العادل •••• الخ •

---

(١) فى تحليل العلاقات المختلفة المترتبة على الملكية الرأسمالية أنظر :
**Karl Renner, The institutions of private law and their social functions, 1949, specially, ch. 4, section II.**

(٢) على البارودى ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع العام ، بند ٨١ •

فالملكية الخاصة لوسائل الانتاج فى نظام اشتراكى تتجه على هـذا النحو الى التحول الى مجرد « رأس مال » . فالمـالك يكاد لا يحتفظ من سلطات الملكية بغير الحق فى دخل رأسماله المتمثل فى الشىء المملوك له والحق فى التصرف فيه .

كذلك فمن العلامات البارزة للنظام الاشـتراكى فى مصر خضـوع الانتاج والتوزيع لمبدأ التخطيط الشامل باعتباره الطريقة الوحيدة التى تضمن استخدام جميع الموارد الوطنية ، المـادية والطبيعـة والبشرية ، بطريقة عملية وعلمية وانسانية لتحقيق الخير والرفاهية لمجموع الشعب . ولا شك أن هذا المبدأ يفرض توجيه الملكية الخاصة ، مثلها فى ذلك مثل ملكية القطاع العام ، لخدمة أهداف الخطة ، وخضوعها لأحكامها ، وتلك هى قمة اعمال الوظيفة الاجتماعية للملكية .

أما من ناحية الحماية الواجبة للملكية الخاصة فى مصر ، فان بقاء هذه الملكية مرهون بما تحققـه من نفع اجتمـاعى . لذلك فاذا كان للمالك جميع السلطات المتصورة على الشىء ، فليس له الحرية فى استعمال هذه السلطات أو عدم استعمالها دون أن يترتب على ذلك التأثير فى وجود الحق ذاته . فقعود المـالك عن مباشرة ملكه يضر بالمجتمع بتعطيل ثرواته التى هو فى أشد الحاجة اليها ، ومن ثم ينبغى التسليم بأن قعود المـالك عن استعمال ملكه يخول للدولة تقرير اسقاطه عنه بحيث يؤول اليهـا فتقوم باستثماره بنفسها أو تقوم بتوزيعه على الأفراد . بل انه يصح التساؤل فى هذا الصدد عما اذا كان من المناسب تجريد المـالك من حق الملكية اذا كان لا يحافظ على الشىء المملوك له والعناية به العناية الواجبة .

كذلك فمن البديهى أن بقاء الملكية الخاصة مرهون بعدم فتحها الباب الى التحكم فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية . ومن ثم فالميثاق يقف فى وجه الاحتكار كما يقف فى أوجه الانحراف الأخرى التى لا تتفق

مع الأساس الاشتراكى للدولة وتعطل أهداف خطة التنمية . لذلك لم يعد
مساس الدولة بالملكية الخاصة قاصرا على نزع الملكية للمنفعة العـامة
أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا فى الحالات الطارئة أو المسـتعجلة فى
مقابل تعويض عادل ، وانما أصبح التأميم وحراسة الطوارىء أو الأمن
جزاء لخروج الملكية الخاصة عن وظيفتها الاجتماعية .

# الفصل الثانى

## الملكية العامة [1]

٢٢ ـ لا شك فى أن الاتجاه نحو الملكية العامة ، بنقل وسائل الانتاج من سيطرة الأفراد الى سيطرة الجماعة ، قد أضحى فى الوقت الحاضر اتجاها عالميا نجده فى سائر الدول رغم تفاوت أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وان اختلف بعد ذلك فى مدى تطبيقه وفقا لهذه الأنظمة ذاتها . فالدول الرأسمالية وان قامت أساسا على الملكية الخاصة ، كما رأينا ، الا أنها تكاد تتفق على الاختصاص ببعض أوجه النشاط الاقتصادى ذات الطابع الحيوى ، كاصدار أوراق البنكنوت وادارة السكك الحديدية . أما الدول الاشتراكية فتقوم أساسا على عداء الملكية الخاصة باعتبارها أداة استغلال الانسان للانسان ، أو فى الأقل ترى أن قيام مجتمع الكفاية والعدل ، الذى تسعى الى تحقيقه ، يتطلب قيام قطاع عام قوى يحتل مركز القيادة الاقتصادية فيوجه التقدم ويفرضه . لذلك فالملكية العامة فى هذه الدول الأخيرة تمتد الى كل وسائل الانتاج بالمعنى الواسع ، كما هو الحال فى الاتحاد السوفيتى [2] ، أو تكتفى باعطاء مركز الصدارة لهذه الملكية مع الاحتفاظ للملكية الخاصة بنطاق يختلف باختلاف ظروف التطبيق فيها ، كما هو الحال فى دول أوربا الشرقية وفى الجمهورية العربية المتحدة .

---

(١) اخذنا بهذه التسمية عنوانا لهذا المبحث على سبيل المقابلة مع الملكية الخاصة دون أن نقصد المصادرة على المطلوب فيما يتعلق بتكييف هذا النوع من الملكية وبيان نظامه القانونى .

(٢) فأراضى الاتحاد السوفيتى جميعها تعتبر مملوكة للدولة ، كما تمتد ملكية الدولة الى سائر الثروات الطبيعية ( كالغابات والمعادن والمياه ) ، والصناعية ( كالمشروعات والالات والمواد الاولية والمنتجات ) ، ووسائل اعادة توزيع المنتجات ( الاموال اللازمة للتوسط بين الانتاج والاستهلاك والاموال التى تستخدم فى النشاط المكمل ) .

المبحث الاول : الملكية العامة بين النظام الرأسمالى والنظام الاشتراكى .
المبحث الثانى : الملكية فى الجمهورية العربية المتحدة .

# المبحث الأول

## الملكية العامة بين النظام الرأسمالى والنظام الاشتراكى

**الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الرأسمالية :**

٢٣ — استقر الرأى فى الدول الرأسمالية على أن الأشياء التى تسيطر عليها الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، تعتبر مملوكة لها ، فتتمتع عليها بسلطات المالك ويكفل لها القانون الحماية المكفولة له . على أن بعض هذه الدول على الأقل — استمرارا لتقاليد القانون الرومانى والقرون الوسطى من بعده — تنتزع من بين هذه الأشياء المملوكة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة نطاقا معينا تضفى عليه حماية خاصة بالنظر للتخصيص المعد له وتطلق عليه الأشياء العامة أو « الدومين العام » (Domaine public) وتخضعه للقانون العام [1] ، بالمقابلة بينها وبين بقية الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة والمعروفة بالأشياء الخاصة أو « الدومين الخاص » (Domaine privé) الذى يظل خاضعا للقانون الخاص .

---

(١) ثار الخلاف فى فرنسا ومصر حول تكييف حق الدولة على الاشياء العامة . فذهب رأى الى أن حق الدولة على هذه الاشياء ليس حق ملكية بالمعنى الصحيح وانما هو مجرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة ، كمظهر من مظاهر سيادتها . ذلك أن جوهر الملكية هو عناصرها الثلاثة من استعمال واستغلال وتصرف ، وهذه لا تتوافر للدولة على الاشياء العامة ( فى عرض هذا الرأى وتأييده انظر : محمد على عرفه ، بند ١٢١ — ١٢٦ ) .
ولكن الرأى الراجح يقر أن حق الدولة على الاشياء العامة هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وان كانت هذه الملكية مقيدة بالغرض المخصصة له هذه الاشياء . ففضلا عن أن الدولة تتمتع على هذه الاشياء بما يتمتع به المالك من الحصول على منافعه من ثمار وحاصلات ، وتستطيع التصرف فيها بالفعل باتباع الاجراءات التى يرسمها القانون لذلك ( انهاء تخصيص الشىء للمنفعة العامة )، فان جوهر الملكية لايكمن فى الواقع فى هذه السلطات وانما فى حيازة الشىء وامكان تعيين المنتفعين به ، سواء انتفع به المالك بنفسه أو جعل هذا الانتفاع لغيره ، وهذان العنصران يتوافران بلاشك فى علاقة الدولة بالاشياء العامة ( فى هذا الصدد راجع بصفة خاصة محمد زهير جرانه، حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ١٩٤٣ ، ص ١٢٤ وما بعدها . وانظر أيضا : محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، بند ١١٤ ، السنهورى ، بند ٦٤ وما بعده ، مصطفى ابوزيدفهمى ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، بند ٧٧٠ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، مبادىء القانون الادارى ، ١٩٦٦ ، ص ٦٠٥ وما بعدها ) .

ويختلف الفقه فى تحديد الأشياء العامة من معيار الأشياء التى لاتقبل بطبيعتها أن تكون محلا للملكية الخاصة ، الى معيار الأشياء التى تخصص بالفعل أو بقرار السلطة المختصة لمنفعة الجمهور ، الى معيار الأشياء المخصصة لخدمة المرافق العامة ، ليستقر على معيار التخصيص للمنفعة العامة ، على نحو ما تقضى به المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص ( بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ ) على أنه « تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » [1] .

فالأشياء العامة هى الأشياء المخصصة لغرض معين هو المنفعة العامة ، كالطرق والأنهار والمدارس والمستشفيات والأسواق . وهذا التخصيص يتم برصد الشىء لهذا الغرض بطريق فعلى أو بطريق رسمى .

وتخصيص الشىء للمنفعة العامة يقتضى اضفاء حماية خاصة عليه ، ضمانا لاستمرار وفائه بالغرض المخصص له . فتخصيص الشىء للمنفعة العامة يتنافى مع امكان نقل ملكيته للأفراد ، أو اكتسابهم حقا عليه يتعارض مع هذا التخصيص ، أيا كان طريق اكتساب هذا الحق . ومن هنا كان تقرير عدم جواز التصرف فى الأشياء العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . فالتصرف فى الشىء العام ، ببيع ، أو رهن ، أو خلافه ، يبعده بطريق مباشر أو غير مباشر عن المنفعة المخصص لها . والحجز على الشىء العام من دائن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة يؤدى الى خروجه عن التخصيص المعد له ببيعه جبرا عن مالكه . والتقادم يؤدى الى نفس النتيجة من خروج الشىء عن الغرض المخصص له .

---

(١) راجع فى هذه المعايير المختلفة والقائلين بها : السنهورى ، بند ٤٦ ، مصطفى ابو زيد فهمى ، بند ٧٣٥ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، ص ٥٨١ وما بعدها .

وطبيعى أنه اذا ما انتهى تخصيص الشىء للنفع العام زالت صفته العامة وأصبح من الممكن لمـالكه التصرف فيه ولدائنيـــه الحجز عليه وللغير اكتساب حق عليه بالتقادم • ويزول التخصيص بطريق فعلى أو بطريق رسمى كما نشأ • لذلك فاذا أراد الشخص المعنوى العام التصرف فى الشىء العام وجب عليه استصدار قانون أو قرار بانهاء تخصيصه للمنفعة العامة قبل التصرف والا كان التصرف باطلا •

ولا شك أن هذا النظام القانونى للأشياء العامة ، بعناصره الثلاثة ، يستجيب الى طبيعة المنفعة العامة فى النظام الرأسمالى • فالمنفعة العامة فى هذا النظام تكاد تنحصر فى مجال الخدمات العامة التى تؤديها أشياء مثل الطرق والشوارع والأنهـار والترع العـــامة والمدارس والمستشفيات والأسواق • وقيام هذه الأشياء بمثل هذه الخدمات لا يقتضى منها حركة أو انتقالا ، بل يقتضى أن تظل بقدر الامكان كما هى لا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا يحجز عليها ولا تتملك بالتقادم [1] فهل لازال هذا النظام صالحا للتطبيق بعد أن امتدت المنفعة العامة الى مجال الانتـاج بدخول الدولة الاشتراكية الى ميدان النشاط الاقتصادى من أوسع أبوابه ؟ ذلك ما سوف نحاول الاجابة عليه بعد أن نتلمس الخطوط العريضة للملكية العامة ونظامها القانونى فى العالم الاشتراكى •

**الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الاشتراكية :**

٢٤ ــ لا زالت مشكلة الملكية العامة ونظامها القانونى من المشـاكل الدقيقة التى لم يكتب لها بعد الحل الحاسم فى العـــالم الاشـتراكى • فالنظم الاشتراكية تهدف من الناحية السياسية الى تحقيق السيطرة الكاملة لمجموع الشعب أو « الأمة » على وسائل الانتاج ، سيطرة تكفل حسن

---

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١١٠ •

استثمارها وتوجيهها لمصلحة هذا المجموع دون استغلال من فرد من الأفراد أو طبقة من الطبقات • ولقد كان لهذا الهدف أثر كبير على التصوير الذى يرتضيه الفقه الاشتراكى للملكية العامة ونظامها القانونى • فمن المعروف أن هذا الفقه ينفر من التصوير التقليدى للملكيـــة باعتبـــاره تعبيرا عن اختصاص الشخص المـــالك بالشىء المملوك ، ذلك الاختصـــاص الذى يعتبره الفقه الاشتراكى مصدر استغلال الانسان لأخيه الانسان • لذلك يحرص الفقه الاشتراكى على اعطاء الملكية العامة جوهرا جديدا يبعدها عن الاختصاص الذاتى فى الملكية التقليدية • ويتمثل هذا الجوهر الجديد فى اسناد الملكية الى مجموع الشعب أو الأمة • ومن هنا كانت تعبيرات « الملكية الشعبية » و « الملكية الجماعية » • على أن التطبيقات الاشتراكية تختلف بعد ذلك فى اختيار الطريق الى تحقيق هـــذا النوع الجديد من الملكية • فاذا كان القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، عن طريق التأميم ، يقتضى فى البداية اسناد هذه الملكية الى الدولة الاشتراكية ، فان التساؤل لا يلبث أن يثور حول ما اذا كان انتقال الملكية الى « الدولة الاشتراكية » كافيا لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أم أن هذا الانتقال مجرد خطوة فى الطريق الى الغرض المنشود •

وفى هذا الصدد يذهب التطبيق السوفيتى الى أن القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج بنقلها الى الدولة ، يعتبر شرطا ضروريا وكافيا فى نفس الوقت لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » • فالدولة الاشتراكية هى دولة مجموع العاملين وليســت دولة طبقة أو أخرى كمـــا هو الحال فى الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية الأخرى ، وانتقال الملكية الى الدولة الاشتراكية على هذا النحو يمتنع معه كل استغلال لأن الدولة الاشتراكية ما هى الا التجسيد القانونى للشعب •

على أن الدولة فى الاتحاد السوفيتى تقتصر فى ادارتها لأملاكها بنفسها على القطاع الادارى وجزء من القطاع الزراعى • أما القطاع الصـــناعى

والتجارى وبقية القطاع الزراعى فتدفع بادارتهـــا الى مشروعات عامة تخلقها لهذا الغرض وتضفى عليها الشخصية المعنوية ، أو تتركهـــا الى جمعيات تعاونية أكثر استقلالا ، مع تخويلها الانتفاع المجانى المؤبد بها [1]

ويأخذ الفقهاء اليوغوسلاف على الطـريق الذى سلكته التجـــربة السوفيتية لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أن تملك الدولة لوسائل الانتاج لا ينفى أن من يمارس سلطات هذه الملكية هم فى النهاية الأفراد القائمون على الحكم ؛ مما لا ينأى بها عن الاستغلال الذى تمارسه الدولة الرأسمالية اذا ما تملكت وسائل الانتاج [2] •

لذلك يذهب هؤلاء الفقهاء الى أن تملك الدولة لوسائل الانتاج ليس سوى وسيلة للقضاء على الرأسمالية ، ولكنه لا يتضمن فى ذاته تحقيـــق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » • فتحقيق هذه الملكية يتطلب مرحلة أخرى ايجابية ــ فيما وراء القضاء على الرأسماليـــة ــ تتمثل فى تحرير العامل المشترك فى الانتاج بالغاء تبعيته لرب العمل ، ونقل ملكية وسائل الانتاج الى الدولة لا يعدو أن يكون احلالا لرب عمل جديد محل أرباب العمل المتعددين السابقين • لذلك فالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » قوامها فى يوغوسلافيا الغاء الاختصاص بالأشياء بطريق مباشر ، حتى ولو كان هذا الاختصاص معقودا للدولة كممثل للشعب • ويتم الغـــاء هـــذا

(1) K. Stoyanovitch, op. cit., No. 51 et ss.

(2) يتساءل K. Stoyanovitch ( المرجع السابق بند ١٢٨ ــ ١٣٠ ) عما اذا كانت ملكيـــة الدولة فى الاتحاد السوفيتى تعتبر بالفعل ملكية كل الشعب ، ويجيب بأنها ليست كذلك اذا أخذنا الملكية كحق يتضمن سلطات الملكية المعروفة فى القانون. فليس لاى من أفراد الشعب ــ فيما عدا استعمال الاشياء المعدة لانتفاع الجمهور مباشرة ــ وليس لمجموع الشعب ككل ، أن يبـــاشر هذه السلطات على ملكية الدولة ، وانما الذى يباشر هذه السلطات هو الدولة نفسها والاشخاص المعنوية التى تخلقها لهذا الغرض •

ويعود نفس الفقيه الى اثارة المشكلة على المستوى الدستورى فيتســـاءل عما اذا كانت الدولة السوفيتية تمثل كل الشعب السوفيتى ، ويجيب بأن الدولة السوفيتية تمثل طبقـــة « البروليتاريا » وحدها من الناحية الرسمية ، وتمثل من الناحية الفعلية الفئة التى استقلت بالحكم منها دون بقية أفراد الشعب الذين يعتبرون بمثابة عمال لدى الدولة •

الاختصاص عن طريق توزيع سلطات الملكيــــة المعروفة بين المشروع الاقتصادى ممثلا فى هيآته المختلفة وغيره من التنظيمات الاقتصادية وبين المجتمع ممثلا فى الدولة ومختلف الهيآت السياسية من محلية ومركزية [1] بحيث تباشر كل من هــذه الهيئات على الشىء حقــا ذاتيــا مســتقلا تستمده من القانون مباشرة ، وبحيث لا تستطيع أى منها ادعاء ملكيــة لنفسها . وبذلك تصبح الملكية « الشعبية » أو «الجماعية» مجرد تعبير عن العلاقات القانونية الجديدة التى تحكم الانتاج والتوزيع فى المجتمع ، أكثر من تعبيرها عن الاختصاص بالشىء المملوك ، ذلك الاختصاص الذى يذوب بين مختلف التنظيمات الاقتصادية والسياسية فى المجتمع . وقــد عبرت المــادة ١١ من الدستور اليوغوسلافى الصـــادر سنة ١٩٦٣ عن ذلك بقولها « ليس لأحد حق ملكية على وسائل الانتاج والوسائل الجماعية الأخرى للعمل التى تتكون منها الثروة الجماعية . ويدير العمال وسائل الانتاج الجماعية لمصلحتهم ولمصلحة الجماعة فى نفس الوقت » [2]

٢٥ ــ واذا كان هذا هو موقف الدول الاشتراكية من جوهر الملكية العامة فىذاتها ، فان النظام القانونىللأشياء التى تضمها هذه الملكية لايعرف التقسيم الثنائى الى أشياء عامة وأشياء خاصة ، وما يترتب عليه من تقرير عدم جواز التصرف فى الشىء أو الحجز عليه أو تملكه بالتقادم أو جواز ذلك بصفة مطلقة ، وانما يتخطى ذلك الى تقسيمات أكثر مرونة هدفها الأساسى هو ، بصفة عامة ، تحديد كيفية استخدام الأشياء وتداولها وفقــا للخطة . لذلك كانت وظيفة هذه التقسيمات تحديد سلطة الادارة وهيئات

---

(١) راجع فى هذا الموضوع :
Jean-Pierre Ferretjan, op. cit., p. 151 et ss; Albert Meister, Le fonctionnement des institutions de self gouvernement local dans une commune yougoslave, Revue des études coopératives, 1964, p. 101 et ss.

(٢) اشار اليها على البارودى ، المرجع السابق ، بند ٤٩ .

الرقابة المختلفة فى استعمال الأشياء والتصرف فيها متخذة أساسا لذلك التخصيص المعد له الشىء ومدى أهميته [1] .

والتقسيم الأساسى فى هذا الصدد هو كما نعلم تقسيم الأشياء الى وسائل انتاج ووسائل استهلاك ، وهو تقسيم يستند كما هو واضح ، الى الوظيفة المخصص لها الشىء [2] . وبالاضافة الى هذا التقسيم الأساسى نجد تقسيمات أخرى للأشياء داخل نطاق ذمة الوحدات الاقتصادية . ففى الاتحاد السوفيتى تقسم ذمة المشروع العام الى أقسام ثلاثة : الأموال الأساسية (Les biens de base) وأموال التشغيل (Les fonds de roulement) والاعتمادات الخاصة المختلفة التى تنفق غالبا فى شئون العمال [3] (Les fonds spéciaux) . و فى يوغوسلافيا تقسيم ذمة المشروع الى أموال الأعمال (Les fonds d'affaires) وتشمل وسائل الانتاج الأساسية وأموال التشغيل ، وأموال الاحتياطى (Les fonds de réserve) المخصصة للخسائر المختلفة ، وأموال الاستهلاك الجماعى
(Les fonds de consommation commun)

٢٦ ــ تلك هى مشكلة الملكية العامة ونظامها القانونى فى كل من النظام الرأسمالى الخالص والنظام الاشتراكى . فالنظام الرأسمالى يسلم للدولة والأشخاص المعنوية العامة بملكية ما يقع تحت سيطرتها من أشياء بالمعنى التقليدى المفهوم للملكية ولكنه يقرر نوعا خاصا من الحماية لبعض هذه الأشياء بالنظر لانفرادها بالتخصيص للمنفعة العامة ، ومن هنا كانت

---

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٤٠ وما بعدها .

(٢) فالثلاجة مثلا تعتبر من وسائل الاستهلاك اذا كانت لدى فرد يستعملها فى حفظ حاجياته المملوكة لهملكية خاصة وتعتبر من ادوا تالانتاج اذا كانت موجودة محل تجارى عام ومعدة لحفظ الاشياء المعدة للتوزيع .

(٣) راجع فى تفصيل هذا التقسيم وأهميته :
K. Stoyanovitch, op. cit., No. 62.

مشكلته فى التمييز بين الأشياء العامة والخاصة • والنظام الاشتراكى يبدأ من نقطة أخرى مخالفة وهى أن جميع وسائل الانتاج يجب أن تخدم المصلحة العامة ، ومن ثم يجب أن يتقرر نظامها والحماية المقررة لها بحسب الوظيفة التى تؤديها كل منها دون تقيد بالتقسيم الى عام وخاص ، ولكن المشكلة فى هذا النظام أن الاساس الايديولوجى الذى يستند اليه ينفر من فكرة الملكية بمعناها التقليدى المعروف ، ولذلك يبذل فقهاؤه جهدا كبيرا فى تأسيس نوع جديد من الملكية يختلف فى « معدنه » عن الملكية التقليدية ولا يستند مثلها الى فكرة الاختصاص بالشىء المملوك •

## المبحث الثانى

### الملكية العامة فى الجمهورية العربية المتحدة

**وضع المشكلة :**

٢٧ ــ لا شك أن انتقال الجمهورية العربية المتحدة من النظام الرأسمالى الى النظام الاشتراكى وامتداد الملكية العامة فيها الى مجالات جديدة لا يعرفها النظام الرأسمالى ــ على الأقل فى صورته النقية ــ مع بقاء آثار النظام السابق للملكية العامة والذى يميز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ، يقتضى اعادة طرح مشكلة الملكية العامة ونظامها القانونى للبحث ، لتقرير وجه الصواب فيها على ضوء النتائج التى أسفر عنها تقصى هذه المشكلة فى كل من النظامين الرأسمالى والاشتراكى • على أنه من الضرورى فى مثل هذا البحث أن نحتكم فى ذلك الى واقع النظام الاشتراكى ذاته وأهدافه مبتعدين عن « الانفعالات الايديولوجية » وما تسببه من تعقيد وغموض كثيرا ما يخفى الحقيقة أو يطيل طريق الوصول اليها •

وأول ما يلاحظ فى هذا الشأن أن النظام الاشتراكى يهدف بطبيعته الى

منع الاستغلال وتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع فى المجتمع ، وهذا لا شك مقصد الفقه الاشتراكى عندما يتكلم عن « ملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » كصورة جديدة من صور الملكية . فالمقصود بذلك التعبير عن دور الشعب فى تحديد الانتاج والرقابة عليه ودوره فى توزيع ناتج الملكية العامة . فكيف تتحقق اذن هذه السيطرة ؟ والى أى حد يؤثر تحققها فى جوهر الملكية العامة ؟

لا صعوبة فى الاجابة على السؤال الأول : فالانتاج والتوزيع فى المجتمع الاشتراكى تحدده وتفصله الخطة الاقتصادية ، ومن ثم فتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع فى المجتمع انما يتم عملا عن طريق دوره فى رسم الخطة الاقتصادية للانتاج والتوزيع . وكلما كان رسم هذه الخطة ديموقراطيا كلما تحقق للشعب مزيد من السيطرة على الانتاج والتوزيع [1] . ولكن هذه الاجابة تحدد بدورها الاجابة على السؤال الآخر . فطالما كان تحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع يتم عن طريق قيامه بالدور الفعال فى الخطة الاقتصادية ، فان هذه السيطرة لا تستنفذ فكرة الملكية باعتبارها تعبر عن سلطات معينة تثبت لشخص معين على شىء من الأشياء أو باعتبارها أداة فنية قانونية لصياغة العلاقة بين الأشخاص والأموال . فكرة ملكية « الشعب » أو « الملكية الجماعية » اذن فكرة سياسية أو اقتصادية وليست فكرة قانونية .

حقا ان الخطة تضع تنظيما معينا للاستفادة من الأشياء المملوكة ملكية عامة وتفرض قيودا والتزامات على عاتق الأشخاص المعنوية والطبيعية التى تقوم بادارتها . ولكن هذا التنظيم وتلك القيود والالتزامات لا تغير بالضرورة من جوهر الملكية فى ذاتها باعتبارها علاقة اختصاص بين الشخص والشىء ، ومن ضرورة اسناد الملكية الى شخص معين يمارس سلطاتها فى

---

(1) أنظر فى الطابع الديموقراطى للتخطيط فى الميثاق : على البارودى ، دروس فى الاشتراكية العربية بند ٨٠ ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع العام ، بند ٣٢ ، ٣٣ .

حدود ما تفرضه عليه الخطة من قيود والتزامات [1] . ومن هنـا كان منطق التطبيق السوفيتي الذى لم يستطع تفادى اسناد الملكية العامة الى شخص من الأشخاص ، فأسندها الى الدولة باعتبارها التشخيص القانونى للشعب . ومن هنا أيضا كانت « ميوعة » التطبيق اليوغوسلافى عنـدما جعل الأشياء العامة « سائبة » دون مالك محدد ، فتركها بذلك عرضـة لاستغلال التنظيمات الاجتماعيـة والسياسية المختلفة التى وزعت عليهـا سلطات الملكية المعروفة ، ونفوذ الأشخاص القائمين عليها [2] .

والملاحظة الثانية ربما لا تتعلق بالملكية العامة فى مجموعها بقدر ما تتعلق بما يدخل منها فى مجال الانتاج بالمعنى الواسع . وتتلخص هذه الملاحظة فى أنه اذا كانت مركزية التخطيط مبدأ مسلما به فى تحقيق مجتمع الكفاية والعدل فان لامركزية التنفيذ لا تلبث أن تفرض نفسها كضرورة أساسية لسرعة التلبية والتنفيذ . لذلك كان لابد للدولة الاشتراكية ضمانا لتنفيذ برنامجها ، من أن تقوم بخلق وحدات اقتصادية تتمتع بالشخصية المعنوية تدفع اليها بأدوات الانتاج ، بحيث يكون لكل منها قدر من الاسـتقلال الادارى يكفل لها رسم وتنفيذ خطتها الجزئية تحقيقا للمهمة التى تحددها لها الخطة ، ويكون لكل منها قدر من الاستقلال المـالى يكون أسـاس

---

(۱) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥٤ .

(۲) راجع فى هذا الشأن : على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥٠ ، حيث يذكر قول الفقيه اليوغوسلافى ميخائيلو ماركوفيتشى
(Mihailo Markovic. L'orientation du développement social en Yougoslavie, Rev. de la politique internationale, No. 392, mars 1966, p. 15 et ss.)

« رغم الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ورغم تحقيق تقدم كبير فى سبيل الوصول الى الملكية الاشتراكية ، فان جزءا كبيرا من الاموال التى تقع عليها هذه الملكية لا يستغل فى تحقيق المصالح الحقيقية للمجتمع . فبعض ادارات الدولة وكذلك بعض الاشخاص ذوى النفـوذ ، يتصرفون فى هذه الاموال بطريقة غير سليمة ، ثم أن شعور الاقليمية أو القومية أو المحلية يجعل التنظيمات الاجتماعية العامة تضع مصالح القرية أو الولاية فى المحل الاول . ومثل هذه التصرفات الخاطئة فى الملكية الاشتراكية تؤدى الى استبعاد الامكانيات التاريخية التى خلفتها الثورة الاشتراكية فى مجال التقدم العلمى للتنمية الاجتماعية » .

تمويلها كما يكون أساس مسئوليتها عن تحقيق المهمة المحدد لها [1]
ولا شك فى أن الشخصية المعنوية ألزم للوحدات الاقتصادية العامة حين تباشر نشاطها الاقتصادى فى ظل نظام تعايش القطاعين لما تقدم من أسلحة تيسر المنافسة مع المشروعات الخاصة [2] •

وتمتع الوحدات الاقتصادية العامة بالشخصية المعنوية لا شك ييسر من الناحية القانونية اسناد ملكية ما يعهد لها به من أشياء اليها ، ولكنه لا يستلزم بالضرورة هذا الاسناد ، اذ من المتصور أن تكون الملكية للدولة ويقتصر حق الوحدة الاقتصادية على الانتفاع بها أو ادارتها •

على ضوء هذه المقدمات ، من خضوع الملكية العامة لما تفرضه الخطة من قيود والتزامات ، وضرورة اسنادها الى شخص معين ، وامكان اسنادها من الناحية القانونية الى كل من الدولة والوحدة الاقتصادية المشرفة عليها ، نحاول تحديد طبيعة الملكية العامة وشخص المالك فيها •

**المالك للملكية العامة :**

٢٨ ــ بالرغم من أنه كان من المسلم به فى مصر ، وطبقا لأحكام المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى ، تملك الدولة والأشخاص المعنوية العامة لما يقع تحت سيطرتها من أشياء ، على نحو يجعل كلا منها مستقلا بملكية الأشياء الخاصة به ، فان التحول الاشتراكى قد طرح ، كما قلنا ، مشكلة هذه الملكية من جديد بالنسبة للأشياء المؤممة والتى تقوم عليها مشروعات عامة تتمتع بالشخصية المعنوية • ومثار الصعوبة فى هذا الشأن أن النصوص التشريعية ــ سواء فى مصر أو فى غيرها من البلاد التى عمدت الى تأميم

---

(١) فى هذا الصدد راجع التقرير المقدم منا الى المؤتمر السنوى لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٦ حول مشكلة العقد والتطبيق الاشتراكى • وانظر بصفة خاصة على البارودى ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ، بند ٥٦ ــ ٥٩ •

(٢) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١١٠ •

كثير من المشروعات الخاصة كفرنسا – تبدو غامضة الى درجة يمكن معها القول بأن مشكلة الملكية بالمعنى القانونى لم تخطر على بال المشرع • فالمادة ٢٥ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالمؤسسات وشركات القطاع العام فى مصر تنص على أنه « يتكون رأسمال المؤسسة العامة من أنصبة الدولة فى رؤوس أموال ما يتبع المؤسسة من وحدات اقتصادية ••• » والمادة ٢٧ من نفس القانون تنص على أن « أموال المؤسسة تعتبر مملوكة للدولة ملكية خاصة » • وواضح أن هذه النصوص تعتبر رأس مال المشروع مملوكا فى نفس الوقت له وللمؤسسة العامة والدولة ، على نحو يفقد معه لفظ الملكية فى هذا الصدد كل مدلول [١] •

ولقد قال بملكية الدولة للأشياء المؤممة التى تدخل فى ذمة المشروع العام مع تحديد حق المشروع عليها بالانتفاع والادارة ، جانب من الفقه الفرنسى ، مستندا فى ذلك الى أن « الأمة » هى صاحبة المصلحة فى التأميم وأن الدولة هى التشخيص القانونى الوحيد للأمة ، فضلا عن أن قوانين التأميم ذاتها تنص على انتقال ملكية المشروعات المؤممة للدولة [٢] وقد سبق أن رأينا أن هذا الاتجاه يتبناه التطبيق السوفيتى •

ولكنا قد سبق أن رأينا أن مسألة كون الأمة هى صاحبة المصلحة فى التأميم مسألة سياسية لا تفيد الفقيه عند البحث عن الحل القانونى السليم• كذلك لا يمكن الارتكان الى النصوص ، طالما كانت غير قطعية الدلالة ، أمام ما قد يتضح من وجوب الأخذ بحل آخر مخالف لما قد توحى به • والواقع أن اسناد ملكية الأشياء المؤممة الى الدولة يفسر هيمنتها على

---

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥١ •

(٢) من هذا الرأى :

J. Boulouis, Note sous Conseil d'Etat, 1/12/ 1950, S. 1951. III. 61.

Louis Jacquignon, Le régime des biens des entreprises nationales, Paris, 1956, T. I, No. 147 et ss. No. 168 et ss.

المشروع وعلى التخصيص المعد له وبالتالى على الأشياء التى يتخذها وسيلة لتحقيق أغراضه ، ولكنه لا يقدم تفسيرا لثبوت سلطة التصرف فى هـذه الأشياء للمشروع العـام ذاته . فالمشروع يستطيع التصرف فى الأشـياء الموجودة فى ذمته ـ بالشروط وبعد اتخاذ الاجراءات الواجبة بالطبع ـ ونقل ملكيتها بالبيع للأفراد أو المشروعات العامة الأخرى أو الدولة ، حتى فى الاتحاد السوفيتى ، فكيف تكون الدولة هى المالكة ويمكن للمشروع أن يبيع ما تملكه لها أو لغيرها [1] ؟

وقال جانب آخـر من الفقـه الفرنسى بالاعتراف لكل من الدولة والمشروع ذاته بالملكية ، على نحو ما كان معروفا فى النظام الاقطاعى بالنسبة للأرض ، بحيث تكون الملكية الأصلية للدولة وتكون الملكية النافعـة للمشروع [2] . فثبوت الملكية الأصلية للدولة يفسر هيمنتها على مصـير المشروع وادارته ، وثبوت الملكية النافعة للمشروع يفسر دوره فى الادارة وفى التصرف .

ولعل هذا الرأى يقدم تفسيرا لنصوص التأميم فى فرنسا التى تقضى بنقل ملكية الأشياء المؤممة للدولة وتحتفظ فى نفس الوقت للمشروع الذى تدخل هذه الأشياء فى ذمته بالشخصية المعنوية . ولكن يؤخذ عليه أن فكرة الملكيـة الأصـلية كانت تعبر عن سـلطة معينـة للسيد (Seigneur) الاقطاعى تقابل فى العصر الحديث حق الدولة فى السيادة ، وهو حق مسلم

---

(١) K. Stoyanovitch, op. cit., No. 127.

(٢) راجع ما تقدم فى :
J. Rivero, Le régime des nationalisations, 1948, No. 44, 493, 594, et s., 700 ; idem, L'évolution du droit des entreprises nationalisées, 3ème Colloque des Facultés de Droit, Grenoble ; Treillard, La notion juridique d'entreprise et l'expérience des nationalisations, R.T.D. Com. 1953, p. 605 ; Louis Jacquignon, op. cit., No. 157 et ss.

به للدولة الحديثة دون أن يختلط بالملكية فى ذاتها [1] •

وأخيرا يذهب جانب ثالث من الفقه الفرنسى الى القول بملكية المشروع للأموال التى تدخل فى ذمته • فاسناد الملكية الى المشروع ذاته هو السبيل الوحيد لتفسير سلطات المشروع فى استعمال واستثمار والتصرف فى الأشياء محل الملكية [2] •

ولعل ما يمنع من الاجماع على هذا الرأى الأخير هو ما لاحظه الفقه من خضوع المشروع فى ممارسته لسلطات الملكية لهيئات الرقابة المختلفة ، وسيطرة الدولة على التخصيص المعد له المشروع ، وعودة الربح الذى يحققه لخزائنها فى النهاية • ومع ذلك فيشير البعض الى أن هذه الملاحظة ان كانت تعتبر عقبة فى سبيل التسليم للمشروع بملكية ذمته المالية فى بلد كفرنسا ، فانها لا تبدو كذلك فى بلد اشتراكى كمصر ، تخضع جميع المشروعات فيها للخطة ، فى وجودها والهدف منها ومصيرها • فهذه الخطة هى التى تلزم المشروع ليس فقط بالامتناع عن استعمال الشىء المملوك له أو التصرف فيه على نحو يتعارض مع أهدافها وانما تلزمه أيضا بممارسة سلطات الملكية ممارسة ايجابية فى الاتجاه وعلى النحو الذى تتطلبه ، وتحدد مصير الربح الناتج عنه [3]

غير أنه اذا كان خضوع المشروع العام للخطة يمكن أن يفسر خضوعه لهيئات الرقابة المختلفة ، فانه لا يمكن أن يفسر سيطرة الدولة على

---

(1) فى هذا المعنى على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ،
Louis Jacquignon, op. cit., No. 158 et la bibliographie cité p. 207 et ss.

(2) Fr. Luchaire, Le statut des entreprises publiques, D.S. 1947.
( مشار اليه فى Louis Jacquignon ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ )
L'Huiller, chron. au D. 1949, p. 129; G. Videl, note au j.c.p., 1952, II, 7312, idem., Le régime des biens des entreprises nationalisés, op. cit.

(3) على البارودى المرجع السابق ، بند ١٥٥ •

التخصيص المعدله من ناحية وعودة الربح الناتج عنه اليها فى النهاية من ناحية أخرى • فمثل هذه السيطرة وذلك الربح لا يمكن أن يكون الا للمالك ، فكيف يمكن اذن أن تكون أموال المشروع ملكا له وللدولة فى نفس الوقت ؟

٢٩ ـ لعله قد أصبح من الواضح الآن أن الفقه فى بحثه عن صاحب الملكية العامة يدور فى حلقة مفرغة • فالقول بملكية الدولة للأشياء الداخلة فى ذمة المشروعات العامة يتجاهل قيام هذه المشروعات بنفسها بممارسة سلطات الملكية على هذه الأشياء من استعمال واستثمار وتصرف • والقول بملكية المشروع العام ذاته لهذه الأشياء يتجاهل أيلولة الأرباح الناتجة عن استثمار هذه الأشياء فى النهاية الى خزينة الدولة • والاعتراف للدولة بالملكية الأصلية وللمشروع بالملكية النافعة يعود فى النهاية الى ملكية المشروع وحده •

ولعل السبيل الوحيد الذى قد يقدم حلا للخروج من هذه الحلقة هو التسليم بأن الملكية لا ترد فقط على الأشياء وانما ترد كذلك على الأشخاص المعنوية ، على نحو ما سبق أن رأيناه •

فالتسليم بذلك من شأنه أن يمكن من تصور تدرج الملكية من المشروع العام الى الدولة • فالمشروع العام يملك وحده الأموال التى تدخل فى ذمته فيكون له عليها سلطات المالك المختلفة من استعمال واستثمار وتصرف ، ولكن المشروع العام ذاته كشخص معنوى يعتبر مملوكا للمؤسسة فتئول أرباحه اليها وتكون لها السيطرة على نشاطه ووجوده ، والمؤسسة هى الأخرى كشخص معنوى تعتبر مملوكة للدولة فتئول اليها أرباحها بمقتضى هذه الملكية وتكون لها كذلك السيطرة التامة عليها فى توجيه نشاطها وفى وجودها • ولكن الدولة تعتبر نهاية المطاف فى هذا التدرج باعتبارها التشخيص القانونى للشعب أو الأمة •

بعبارة أخرى فالدولة هى الأداة القانونية التى يصطنعها المجتمع للقيام على الانتاج فيه • وهذه الدولة لا تجد من وسيلة للقيام بهذا الانتاج سوى خلق أشخاص معنوية هى المؤسسات والمشروعات العامة تقوم على الانتاج فى فروعه المختلفة مستخدمة ما تدفع لها به من أموال ، لتكون هذه الأموال مملوكة لهذه المؤسسات والمشروعات ، وتكون هذه المؤسسات والمشروعات ذاتها مملوكة للدولة •

وبذلك يصبح من اليسير تفهم قيام المشروع العام بالتصرف فى الأشياء الموجودة فى ذمته فى الوقت الذى تصل فيه أرباحه فى النهاية الى الدولة ، كما يصبح من اليسير تفهم سيطرة الدولة على التخصيص المعدلة للمشروع أو المؤسسة وتوجيهه •

على هذا النحو يمكن أن يفهم نص المادتين ٢٥ و ٢٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ على أن المقصود به ليس أن رأس مال المشروع يعتبر مملوكا له وللمؤسسة وللدولة فى نفس الوقت ، وانما أن رأس مال المشروع يكون مملوكا له ولكن المشروع ذاته يكون مملوكا للمؤسسة والمؤسسة تكون مملوكة للدولة •

بهذا تتضح فكرة الملكية العامة فى النظام الاشتراكى • فهى لا تختلف عن الفكرة التقليدية للملكية من حيث كونها اختصاص بالشىء المملوك ينعقد لشخص من الأشخاص فيخوله استعماله واستثماره والتصرف فيه • وهذا الاختصاص ينعقد للشخص المعنوى الذى يقع الشىء فى ذمته سواء كان هو الدولة أو شخصا معنويا عاما آخر أو كان مشروعا تجاريا عاما ، ولكن المشروع التجارى العام كشخص معنوى يكون مملوكا للدولة مباشرة أو لمؤسسة مملوكة بدورها للدولة • أما وجه تميز هذه الملكية عن الملكية التقليدية فليس فى عدم انعقاد سلطاتها لشخص معين وانما فى الوصول بالوظيفة الاجتماعية للملكية العامة الى منتهى مداها ، بخضوعها خضوعا

تاما للخطة وقانونها • وهذا الخضوع هو الذى يحقق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع فى الجماعة ، هدف النظام الاشتراكى •

**النظام القانونى للملكية العامة :**

٣٠ — يتعرض التقنين المدنى للأشياء المملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة فيفرق ، كما رأينا ، فى المادة ٨٧ منه بين ما كان منها عاما وما كان خاصا ، ويضفى على العام حماية خاصة فيمنع التصرف فيه والحجز عليه واكتساب حق عليه بالتقادم • وقد رأينا كيف ألقى التحول الاشتراكى الى ميدان الملكية العامة بالجانب الأكبر من وسائل الانتاج ، وكيف أن هذه الوسائل تتملكها مشروعات عامة تتمتع بالشخصية المعنوية وتمارس عليها سلطات المالك فى حدود الخطة ، وكيف امتدت المصلحة العامة بالتالى الى هذا المجال الجديد ، مما يثير التساؤل عن وضع هذه الأشياء الجديدة من تقسيم الأشياء الى عامة وخاصة ومدى امكان التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم •

ولقد برز بالفعل اتجاه جديد فى الفقه الادارى العربى ينادى بالغاء التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة وتطبيق نظام الأشياء العامة على جميع الأشياء التى تدخل فى نطاق الملكية العامة ، سواء كانت مملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو المشروعات العامة • وفى هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور محمد فؤاد مهنا [1] « اننا نعتقد أن التفرقة التقليدية بين الأموال العامة والأموال الخاصة المملوكة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الادارية ( والمشروع العام فى نظره شخص ادارى ) لم يعد لها مكان فى ظل الاشتراكية العربية وأنه يجب توسيع فكرة المنفعة العامة

---

(1) القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى ، المجلد الثانى ، ١٩٦٧ ، ص ٧١١ • أنظر فى هذا المعنى أيضا : فؤاد الدهان ، المضمون الاجتماعى للملكية ، مجلة الطليعة أغسطس سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٤ وما بعدها •

بحيث تشمل كل ما يحققه نشاط الدولة وغيرها من الأشخاص الادارية بصرف النظر عن أنواع المال موضوع النشاط • وذلك لأن كل ما يحققه المـال العام أو الخاص من خدمات أو ما ينتجه من ثمار طبيعية أو مدنية انما تتصرف فائدته الى المجتمع كله » • ويؤيد هذا الاتجاه رأيه بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل المـادة ٩٧٠ من القانون المدنى فأضاف اليها النص على أنه « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للـدول أو الأشخاص الاعتبارية العامة ••• أو كسب حق عينى عليها بالتقادم » •

ونحن لا نشك فى أن كل ما يحققه نشاط الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية والمشروعات العامة يهدف الى تحقيق المنفعة العامة • بل انـا قد وجدنا أن الملكية الخاصة الفردية أصبحت أيضا تحقق المنفعة العـامة أو يجب أن تحقق هذه المنفعة بجانب أو عن طريق منفعة أصحابها • ولكن هل يستتبع ذلك تطبيق نظام الأشياء العامة على جميع الأشياء الداخلة فى نطاق ما نسميه بالملكية العامة ؟ الواقع أن نظام هذه الأشـياء لا يرتبط بالهدف منها بقدر ما يرتبط بموضوعها أو بالوظيفة التى تؤديها [1] •

ولا شك فى اختلاف الوظيفة التى تقوم بها الأشياء المؤممة عن وظيفة الأشياء العامة بالمعنى التقليدى • فالأشياء العامة وظيفتها الخدمة العامة ، وهى تؤدى هذه الوظيفة اذ تبقى حيث هى فى حيازة الشخص الادارى ، أما الأشياء التى دفع بها التأميم الى نطاق الملكية العامة فوظيفتها الانتاج ، وهى لا تؤدى هذه الوظيفة الا حيث « تدور فى عجلة الكائن الاقتصادى

---

(١) فى التفرقة بين هدف تنظيم معين وموضوعه أو وظيفته راجع :
**Bredin**: Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, Travaux de l'association. Henri Capitan, T. XII, Paris, p. 376; Ch. Eisenmann, Droit public et droit privé, Rev. de Droit Public et de Science Politique, 1952, pp. 903 et ss.

وانظر أيضا رسالتنا سالفة الذكر ، بند ٣٢٥ •

المتحرك الحى الذى هو المشروع التجارى العام » [1] ولا شك أن هذه الوظيفة الجديدة للأشياء المؤممة تستلزم تحريرها من بعض أو كل قيود الأشياء العامة وصولا بها فى النهاية الى تحقيق المنفعة العامة . يضاف الى ذلك أن ذمة المشروع العام تتضمن أشياء معدة بطبيعتها للتبادل والاستهلاك مما لا يتصور معه خضوعها لقيد عدم جواز التصرف الذى هو حجر الزاوية فى نظام الأشياء العامة [2] .

لذلك يذهب جانب كبير من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ، وتطبيقها على الأشياء المملوكة للمشروعات العامة . فما كان من الأشياء مخصصا للمنفعة العامة ، كالمبانى والأشياء الثابتة ، خضع لأحكام الأشياء العامة ، وما كان منها غير مخصص لهذه المنفعة ، كالأرصدة النقدية والأوراق المالية والمنتجات المعدة للبيع ، خضع لأحكام الأشياء الخاصة . ويفسح بعض الفقه مكانا بين النوعين السابقين يضع فيه الأشياء ذات الطابع الاقتصادى الجماعى ويسميه بالأشياء القومية أو الأشياء ذات المنفعة الأساسية (domaine national ou domaine d'utilité essentielle) وينادى باخضاعه لنظام جديد ينبع من طبيعة الوظيفة التى يؤديها [3]

ولعل ما يمنع من مجاراة التقسيم الى أشياء عامة وأشياء خاصة فى صدد ذمة المشروع العام هو ما يؤدى اليه منطق التقسيم من جمود لا يتفق مع ما يجب أن يتمتع به المشروع العام من حرية على املاكه ، حتى مع استقطاب نوع جديد من الأشياء يقف بين النوعين التقليديين ويضم

---

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ .

(٢) ويعبر على البارودى (المرجع السابق بند ١٣٧) عن هذه الفكرة بقوله « ان التخصيص للمنفعة العامة فى نظرية المال العام ينصب على شىء معين بالذات ولكن لايتصور وروده على ذمة المشروع التجارى بأسرها بما تتضمنه من أموال ثابتة ومنقولة وحقوق وديون والا كانت « اشبه ما تكون بفيلم سينمائى تتوقف فيه آلة العرض فجأة عند منظر معين فتقف الحركة وتخمد الحياة » .

(٣) Louis Jacquignon, op. cit.

الأشياء ذات المنفعة الأساسية للمشروع • فكثيرا ما يتطلب قيام المشروع بوظيفته نقل الشيء من قسم الىآخر ، وهو ما لا يتأتى فى ظل نظريةالأشياء العامة والخاصة ( والقومية ) الا بقانون او قرار من رئيس الجمهورية أو الوزير المختص • يضاف الى ذلك صعوبة وضع حد فاصل بين الاقسام المختلفة من الأشياء داخل ذمة المشروع التجارى العام ، مما جعل البعض يركن فى النهاية الى قرار السلطة المختصة للقيام بهذا التحديد [1]

ويذهب جانب آخر من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة مع اعتبار الأشياء المملوكة للمشروع العام من قبيلالأشياء الخاصة واخضاعها لاحكامها [2] وهذا الرأى يوفر بلا شك للمشروع العام الحرية الكاملة فى توجيه الانتفاع باموالة والتصرف فيها ولكن الاخذ به على اطلاقه يجرد ذمة المشروع العام من بعض أوجه الحماية التى لاخلاف على وجوب اضفائها عليها ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على مداها ووسائل تحقيقها •

٣١ ـ والواقع أن وظيفة ملكية المشروع العام تختلف عن وظيفة كل من الأشياء العامة والأشياء الخاصة • فوظيفة الأشياء العامة هى مجرد الخدمة العامة ، ووظيفة الأشياء الخاصة بالمعنى التقليدى هى مجرد الاستثمار للحصول على الربح كأى مالك عادى • أما وظيفة الأشياء المملوكة للمشروع العام فهى ابعد من ذلك : تحقيق الجزء من الخطة المسند للمشروع العام ، وهى وظيفة تخرج عن وظيفة كل من القانون العام والقانون الخاص بمعنا هما التقليدى •

على هذا النحو فاننا ان كنا نسلم بملكية المشروع للأشياء الداخلة فى ذمته ملكية خاصة ، فاننا نرى ضرورة مراجعة النظام القانونى لهذه الملكية •

---

(1) Louis Jacquignon, op. cit., No. 341.

(٢) السنهورى ، بند ٨١ •

وأول ما يعرض فى هذا الصدد هو حرية التصرف فى الأشياء المملوكة ملكية خاصة ، خلافا للاشياء المملوكة ملكية عامة والتى يمتنع التصرف فيها • ولا شك أن هذه الحرية يجب الابقاء عليها بالنسبة للاشياء المملوكة للمشروع العام • فالمنع من التصرف الذى تعرفه الأشياء المملوكة ملكية عامة كما سبق أن رأينا ، كثيرا ما يعرقل قيام المشروع العام بوظيفته ، فضلا عن أن اطلاق يد ادارة المشروع فى التصرف لا خوف منه ما دامت مقيدة بحدود الخطة الاقتصادية وتحقيق أهدافها ، بما يقابل ذلك من مسئولية ادارة المشروع أمام هيئات الرقابة المختلفة •

أما توقيع الحجر على أموال المشروع العام فهو ان بدا لأول وهلة متعارضا مع التخصيص المعدلة المشروع بما قد يؤدى اليه من خروج الشىء المحجوز عليه من ذمة المشروع جبرا عنه ، الا أنه لا شك فى أن فى توقيعه ما يكشف عما يصيب أجهزة المشروع من خلل يتمثل فى عجزه عن تنفيذ الهدف المحدد له فى الخطة ، مما قد يسمح بتداركه فى الوقت المناسب • لذلك فاننا نوافق استاذنا الدكتور على البارودى كل الموافقة على ضرورة أن يسمح نظام المشروعات العامة بتوقيع الحجر على أموالها ــ ليس فقط مراعاة لمصلحة الدائن وانما أساسا مراعاة للمصلحة العامة ــ على أن تصاغ اجراءاته صياغة جديدة تحقق الهدف الجديد الذى يسعى اليه ، وبحيث تسمح هذه الاجراءات باخطار هيئة المتابعة المختصة فى الوقت المناسب ، وتمكين لجنة الخطة من اتخاذ القرار المناسب ، بحيث لا ينتهى الحجز بالبيع الجبرى الا اذا كان متفقا مع مصلحة الخطة [1] •

أما امكان تملك الأشياء المملوكة للمشروع العام بالتقادم أو الحيازة فيبدو أنه يتعارض مع أهداف الخطة • ولا مجال للقياس فى هذا الصدد على مسألة جواز الحجز • فالحجز يفترض بالضرورة سلوكا خاطئا من

---

(١) راجع عرضا أكثر تفصيلا لهذا الموضوع فى : على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٤٣.

المشروع وينبه اليه [1] ويسمح بتداركه اذا لزم الأمر ، وفقا للاجراءات الجديدة التى توضع له . ولعل هذا هو ما دعى المشرع المصرى الى تعديل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بحيث أصبحت تنص على عدم جواز تملك الأشياء الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب حق عينى عليها بالتقادم . ولكن يبقى بعد ذلك ان هذه الحماية خاصة بالأشياء المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة وان جانبا من الفقه الذى يواجه مشكلة المشروع العام فى اطار تقسيم القانون الى عام وخاص يعتبر المشروعات التجارية من أشخاص القانون الخاص ، كما يبقى أن هذه الحماية لا تمتد الى تملك المنقول أو اكتساب حق عينى عليه عن طريق قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الحائز » .

(١) على البارودى المرجع السابق ، بند ١٤٤ .

# الفصل الثالث

## الملكية التعاونية

٣٢ ــ عرف القانون الحديث ، كما قدمنا ، تجمعات للاشخاص أو الأموال لتحقيق أغراض جماعية مختلفة ، كالاتحادات والجمعيات والشركات . مثل هذه التجمعات يضفى عليها القانون الشخصية القانونية ويعطيها الحق فى التملك بما يتيح لها تأدية الغرض الذى تقوم عليه ، اقتصاديا كان هذا الغرض أو اجتماعيا . ومن بين هذه التجمعات التى ظهرت واحتلت مكانها الذى نعرفه فى ظل الاقتصاد الرأسمالى ، تتضمن الجمعيات التعاونية بذور الفكرة الاشتراكية ، بما تهدف اليه من القضاء على الاستغلال عن طريق خدمة أعضائها دون سعى الى الربح ، وبما تتخذ لذلك من وسائل فى الادارة وفى التوزيع [1] .

ويحتل التعاون الآن مركزا مرموقا فى التطبيقات الاشتراكية المختلفة ، خاصة فيما يتعلق بالزراعة والنشاط الحرفى والصناعى الصغير ، سواء أكان خاصا بالاستهلاك أو الائتمان أو الانتاج ، حتى أن هذه التطبيقات تتكلم عن صورة جديدة من صور الملكية هى الملكية التعاونية ، وتضعها ــ من حيث أهداف النظام الاشتراكى ــ فى مركز وسط بين الملكية الخاصة « وملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » . وهذا النوع

---

(١) راجع Katzarov, op. cit., p. 314.

وراجع أيضا فى علاقة التعاون بالاشتراكية : مجلة الطليعة عدد سبتمبر سنة ١٩٦٥ ، خاصة مقال الدكتور حلمى مراد « التعاون فى ظل الرأسمالية والاشتراكية » .

من الملكية جدير بنفس الحماية التى تتمتع بها « ملكيـــة الشــعب » أو « الملكية الجماعية » حتى أنه يعتبر صورة مرحلية من صور الملكية مآلها أن تتحول فى النهاية الى « ملكية شعبية » أو « جماعية » بالمعنى الدقيق •

وقد نصت المادة ١٣ من دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٦٤ على هذه الملكية وعرفتها بأنها « ملكيـــة كل المشــتركين فى الجمعية التعاونية » •

ولعله من السهل علينا منذ البداية ــ بعد دراستنا لحقيقة ما يســمى بالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » ــ أن نرى سبب اصرار التطبيقات الاشتراكية على تقديم ما يسمى بالملكية التعاونية كصورة جديدة متميزة فى جوهرها عن صور الملكية المعروفة • فهذا الاصرار يرجع ــ كما رأينــا بصدد « الملكية الشعبية » ــ الى ما تمارســه « الايديولوجيــة » من ارهاب على الفكر ، هذه « الايديولوجية » التى تنفر من الفكرة التقليدية للملكية كاختصاص من الشخص على الشىء المملــوك ، وترى فى هــذا الاختصاص مصدر كل استغلال من الانسان لأخيه الانسان • وقد سبق أن رأينا أن القضاء على الاستغلال لا يمكن أن يغير من فكرة الملكية ، باعتبارها اختصاصا من شخص بشىء من الأشياء ومن ضرورة اسناد الشىء الى شخص معين لوجود الملكية •(1) وكل ما يؤدى اليه القضاء على الاستغلال هو التصاعد بالوظيفة الاجتماعية للملكيــة الى أقصى مداها عن طريق

---

(1) يتساءل الفقيــه K. Stoyanovitch ( المرجع السابق بند ١٣٢ وما بعدها ) عما اذا كانت الملكية التعاونية تعتبر ملكية جماعية بالمعنى الصحيح • وفى نظره أن الاجابة تتــوقف على المعيار الذى يتخذ أساسا للملكية الجماعية • فاذا كان هذا المعيار هو الاشتراكية فى ملكية وسائل الانتاج فلاشك أن الملكية التعاونية لا تعتبر ملكية جماعية لان وسائل الانتاج التى تعتمد عليها الجمعية من أرض وآلات تعتبر مملوكة للدولة ( قارن النظرة السوفيتية التى لا تفرق بين ملكية الدولة والملكية الجماعية ) • ولكن اذا كان معيار الملكية الجماعية هو الاشتراك فى ملكية فى نشاطهم الانتاجى ، فان الملكية التعاونية تعتبر من قبيل الملكية الجماعية وان كانت ملكية ادنى من ملكية الدولة •

ما يفرضه على المالك من قيود والتزامات فى استثماره لملكه والاستئثار بريعـــه .

فمشكلة الملكية التعاونيـــة ــ مثلهـــا فى ذلك مثل مشكلة الملكيـــة «الشعبية» أو «الجماعية» لا يمكن أن تثير سوى البحث عن الشخص الذى تسند اليه والقيود التى تفرض على مضمونها تحقيقا لقيامها بوظيفتهـــا الاجتماعية . على أن الفصل فى هذه المشـــاكل يســـتلزم أولا أن نعرض لتطبيقات الملكية التعاونية فى البلاد المختلفة التى تستعمل هذا التعبير .

**تطبيقات الملكية التعاونية فى البلاد الاشتراكية :**

٣٣ ــ ففى الاتحاد السوفيتى يحتل النظام التعاونى مركزا هاما على الأخص فى القطاع الزراعى [1] . وقد فرضته على الاتحاد السوفيتى ظروفه الخاصة بعد التأميم ، من صعوبة السيطرة على المزارعين فى أراضيه الواسعة ، مع ضرورة تجميع الأراضى الزراعية للحصول على أكبر ناتج ممكن منها . ويقوم هذا النظـــام على انشـــاء جمعيات تعاونية تســـمى «بالكلخوز» ، يدخل فيها المزارعون ويخرجون منها طواعية . وتتمتع هذه الجمعيات بالشخصية المعنوية ، ويتولى ادارتها جمعية عامة تجتمع كل شهرين وتقوم كل سنة بتعيين مدير للاشراف اليومى . أما العمل فى أراض الجمعية فيقوم به أعضاؤها .

ولا تتعدى ملكية الجمعية ( كما تحددها المادة ٧ من الدستور ) البذور والمواشى والمنتجات والمدخرات الخاصة التى يتفق أعضاء الجمعيـــة على تكوينها من حصيلة الأرباح . أما الأرض التى تقوم الجمعية على زراعتها والمبانى والآلات ، فكلها ملك للدولة ، وليس للجمعية سوى الانتفـــاع

(١) راجع فى هذا الموضوع K. Stoyanovitch, op. cit., No. 87 et ss.

بها • كذلك يظل لكل عضو حق الملكية الشخصية على الأشياء الخاصة به • وقد يكون منزل السكنى مملوكا ملكية عائلية •

ويحصل كل عضو فى الجمعية على نصيبه من الناتج على أساس ما يقدمه من عمل • ولكل عضو دفتر « Livret » يقيد له فيه عدد أيام العمل التى يؤديها • فالخاصية الأساسية لهذا النظام أن ما يحصل عليه العضو من دخل ليس ثمرة الملكية وانما هو ثمرة العمل •

أما فى دول أوربا الشرقية فقد أدت ظروف هذه الدول الى الاحتفاظ بالملكية الخاصة للأرض ، اذ لم يكن من اليسير فى هذه الدول ، لأسباب سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة ، نقل ملكية الأرض الى الدولة • وقد وجدت هذه الدول فى التعاون الصيغة المناسبة للاحتفاظ بالملكية الخاصة مع ضمان استثمارها استثمارا اشتراكيا رشيدا عن طريق الاستفادة من مزايا الانتاج الكبير •

ويقوم النظام التعاونى فى هذه الدول على تجميع الملاك فى شكل جمعيات تعاونية تقدملها الدولة الالات والمبانى والبذور والسماد وغيرها • وفى هذا الشأن تتراوح العلاقة بين المالك وبين الجمعية بين مجرد الاستعانة بخدمات الجمعية نظير دفع مقابلها وبين قيام الجمعية نفسها ــ عن طريق أدواتها وعمالها ــ بالاستثمار واقتسام الناتج مع المالك [1] • ويأخذ المالك فى الحالة الأخيرة على ما يقدمه من عمل مقابلا مستقلا باعتباره عاملا وليس باعتباره مالكا •

أما تنظيم الجمعيات ، وادارتها فتختلف تفصيلاته باختلاف الدول مما لا مجال معه للخوض فيه •

---

(١) فى التجربةاليوغوسلافية بصفة خاصةراجع القسم الاول من مؤلف Jean-Pierre Ferretjan السابق الاشارة اليه ، وفى التجربة البولندية أنظر فؤاد الدهان ( تجربة من بولندا ) الملكية الخاصة للارض والزراعة الاشتراكية ، الطليعة فبراير سنة ١٩٦٦ ، ص ٧٧ وما بعدها •

أما فى الجمهورية العربية المتحدة فقد قضى قانون الأصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢ بتكوين جمعيات تعاونية زراعية بين من آلت اليهم الأرض المستولى عليها طبقا لهذا القانون فى القرية الواحدة ومن لا يملكون فيها أكثر من خمسة أفدنة ، وذلك تجنبا لما يترتب على تفتيت الأرض من فقد مزايا الانتاج الكبير ، ثم نمت الجمعيات التعاونية الزراعية بعد ذلك فى خارج نطاق الاصلاح الزراعى حتى شملت أنحاء الجمهورية • وقد جعل قانون التعاون الصادر فى سنة ١٩٥٦ الجمعيات مفتوحة لكافة المزارعين بصرف النظر عن مقدار ملكياتهم •

ويقوم بادارة الجمعية مجلس ادارة منتخب ، كما يكون لها مدير مشرف معين • وتتدرج الجمعيات التعاونية فى هيكل عام الوحدة الأساسية فيه هى الجمعية الزراعية فى القرية ، تعلوها الجمعية التعاونية المشتركة على نطاق المركز ، ثم الجمعية المركزية على نطاق المحافظة ، ثم المؤسسة المصرية التعاونية الزراعية العامة •

على أن التعاون كان قاصرا فى البداية على تزويد المزارعين بالسلف والأدوات اللازمة للزراعة ، كالسماد والبذور والماشية ، ومساعدتهم فى مقاومة الافات ، ثم تكفل التعاون بعد ذلك بتسويق المحاصيل وذلك بتسلمها ودفع ثمنها للمزارعين بعد خصم مستحقات الجمعية • ويشهد التعاون الان تطورا جديدا يتمثل فى التوسع فى تجميع الاستثمار الزراعى بتنظيم دورة زراعية موحدة لجميع أراضى القرية الواحدة ، فيمكن بذلك استخدام الالات ومقاومة الافات بطريقة اقتصادية وتجنب أضرار المحاصيل المختلفة ببعضها ، مع بقاء ملكية كل فرد فى القرية خالصة له ، كما يتمثل فى اشراف الجمعية على العلاقة الايجارية بتحرير عقد الايجار اذا امتنع أحد الطرفين عن توقيعه وتأجير الأرض أو تحصيل الأجرة نيابة عن المالك اذا رغب فى ذلك •

**حقيقة الملكية التعاونية :**

٣٤ ــ ولعله يتضح من هذا العرض السريع انه اذا أخذنا فكرة الملكية بمفهومها القانونى كعلاقة بين الشخص وبين شىء من الأشياء تخول له حيازته والانتفاع به والتصرف فيه ، فاننا لا نجد « كلا » متناسقا يسند لشخص من الأشخاص ويمكن أن يطلق عليه الملكية التعاونية • فالأشياء التى تخضع لسلطة الجمعية التعاونية فى التطبيق السوفيتى الجانب الهام فيها ( الأرض والالات ) ملك للدولة والباقى منها ملك للجمعية ذاتها كشخص قانونى يتمتع بالشخصية المعنوية ( يجوز له اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ) • أما فى التطبيقات الأخرى فالأرض تعتبر مملوكة ملكية خاصة للأشخاص الطبيعين المكونين للجمعية ، والالات والعدد وغيرها تعتبر مملوكة للجمعية أيضا باعتبار شخصا قانونيا عاديا •

وعلى ذلك ففكرة « الملكية التعاونيــة » ان كانت لا تعبر عن نوع جديد من الملكية ، كما رأينا ، فهى لا تعبر أيضا عن فكرة الملكية بمعناها التقليدى ، وانما تعبر عن طريق من طرق الاستثمار والادارة الجماعية للملكية العامة أو الملكيات الخاصة على السواء ، تتلاقى نتائجه مع أهداف النظام الاشتراكى وتفرضه ظروف التطبيق فيه • فهو فى البلاد التى أصبحت فيها الأرض الزراعية ملكا للدولة ضرورة يفرضها مايقتضيه القطاع الزراعى بصفة خاصة من قدر كبير من اللامركزية مع ضمان السيطرة والتوجيه • وهو فى البلاد التى لا زالت الأرض فيها مملوكة ملكية خاصة ضرورة يفرضها ما يهدف اليه النظام الاشتراكى من تجميع الأرض للاستفادة من مزايا الانتاج الكبير • وبذلك فان مجال دراسة ما يسمى بالملكية التعاونية ليس هو الملكية وانما هو التعاون بصفة عامة •

ولكن يبقى بعد ذلك أن الجمعية التعاونية ذاتها كشخص معنوى تعتبر مملوكة للأشخاص الطبيعيين المكونين لها ، على نحو ما سبق أن رأيناه بالنسبة للأشخاص المعنوية عموما •

على أنه مما لا شك فيه أن للادارة التعاونية تأثير كبير على مضمون الملكية الخاصة للأرض ودفع لوظيفتها الاجتماعية ، بتجريد المالك الفردى من كثير من السلطات التى كان يمارسها فى ظل نظام رأسمالى حر لصالح الجمعية من ناحية ، وبتحقيق سيطرة الدولة على هذه الملكية عن طريق اشرافها وتوجيهها للتعاونيات من ناحية أخرى • وقد رأينا مثالا واضحا لذلك فى دول أوربا الشرقية ، حيث تنحصر سلطة المالك بالتدريج فى مجرد الحصول على جزء من الناتج مقابل ما يقدمه من أرض فى عملية الاستثمار الزراعى ، أما ما يقدمه من عمل فى الأرض فيأخذ عليه مقابلا آخر مستقلا باعتباره مالكا ، وأما عملية الاستثمار ذاتها وتوجيهها فتكون للجمعية • وبذلك تنحصر سلطات المالك شيئا فشيئا فى مجرد الحق فى الحصول على جزء من ثمار ملكه كريع ، دون أن يكون له سلطة توجيه استثماره •[1]

---

(1) انظر فى هذا الشأن : Jean-Pierre Ferretjan, op. cit, p. 131 et ss.

# الباب الثانى

## مضمون الملكية

٣٥ ــ تعبر فكرة الملك ، فرديا كان أو اشتراكيا ، عن اختصاص شخص معين بشىء من الأشياء أو بحق من الحقوق أو بشخص من الأشخاص المعنوية اختصاصا يخوله السلطات التى تمكنه من الحصول على كل منافعه ، بحسب الأصل • ولكن الانسان لا يعيش وحده منعزلا عن أفراد الجماعة التى ينتمى اليها ، ولا يمارس حقه بمعزل عن الوسط الاجتماعى الذى يعيش فيه • لذلك فحق الملكية يفترض بالضرورة الحد من سلطان المالك على ملكه بما تقتضيه مصالح هذه الجماعة وظروف هذا الوسط ، بتخويل الغير مشاركته فى بعض أوجه الانتفاع به كلما فرضت الضرورة تلك المشاركة ، أو بمنعه من مباشرة بعض الأعمال ، أو بفرض بعض الأعمال عليه •

حقا جرى الفقه على القول بأن الملكية حق مطلق ، يختص المالك وحده بمزايا الشىء المملوك له دون أن يشاركه فى ذلك غيره من الأشخاص ، ويترك له الحرية فى استعماله دون أن يكون مسئولا عما يجره ذلك من أضرار بالغير • ولكن هذا القول لم يكن سوى نتيجة لحصر تبرير الملكية فى ضمان حرية الفرد منظورا اليه خارج النطاق الاجتماعى الذى يعيش فيه ، اعمالا للمذهب الفردى الذى ساد خلال القرن التاسع عشر والذى كان يركز النظر فى أهداف القانون وغاياته الى الفرد متناسيا الجماعة التى ينتمى اليها ومصالحها ، أو على الأقل ظنا منه أن مصلحة المجتمع ليست

سوى مجمـوع مصـالح أفراده . لذلك نص القـانون المدنى الفرنسى ( م ٥٤٤ ) ومن بعده القانون المدنى المصرى القديم ( م ١١/٢٧ ) على أن الملكية هى حق الانتفاع بالشىء والتصرف فيه بطريقة مطلقة .

ولكن هذه النظرة الى حق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية بعد أن أصبح من المسلم فى هذه النظم النظر فى الحقوق بصفة عامة ـ والملكية بصفة خاصة ـ الى مصلحة الجماعة بجانب مصالح أصحابها ، ومن ثم فقد قيد التقنين المدنى المصرى الجديد سلطات المالك بما يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للملكية . فقد عرفت المـادة ٨٠٢ من التقنين المدنى حق الملكية بقولها « لمالك الشىء وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . لذلك فان حذف عبارة «الوظيفة الاجتماعية» للملكية من بين نصوص مشروع هذا التقنين ، لم يكن القصد منه انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وانما كان من قبيل الاكتفاء بالتطبيقات التى أوردها المشرع لهذه الوظيفة .

واذا كانت هذه النظرة الفردية الخالصة لحق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية ، فلا مجال لها من باب أولى فى النظم الاشتراكية التى تقوم على تغليب مصلحة الجماعة على مصالح أفرادها . ولهذا فقد عنى المشروع الجديد للتقنين المدنى ، بعد أن نص على أن « لمالك الشىء وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » ، أن يردف ذلك بقـوله « على أن يكون ذلك متفقـا مع ما للملكيـة من وظيفـة اجتماعية » .

على هذا النحو فاذا جاز اليوم القول بأن حق الملكية حق مطلق ، فلا يمكن أن يفهم من هذا الاطلاق سوى معنى فنيا بحتا يتعلق بمركز الملكية التامة من الحقـوق الأخـرى التى ترد على الشىء ، باعتبـاره يخـول صاحبه كل السلطات الممكن تصورها على الشىء ، خلافا لغيره من الحقوق التى لا تخـول أصحابها سـوى بعض هـذه السـلطات ، ولـكن ذلك

لا يعنى انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية مثلها فى ذلك مثل سائر الحقوق •

٣٦ ـ واذا كان اطلاق الملكية بهذا المعنى لا يتضمن انكار حق المجتمع فى فرض ما يقتضيه صالحه من قيود على سلطاتها ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكية تعبر عن سلطة مطلقة على الشىء بحيث تكون هذه القيود تحديدا خارجيا وطارئا لمضمونها أم أنها عنصر داخل فيها لا تتصور بدونه •

وقد ذهب البعض الى أن الملكية فى ذاتها فكرة مجردة تعبر عن التمتع بجميع مزايا الشىء دون ما تحديد ، فاذا ما جاء القانون ليقيد من هذه المزايا بشكل أو بآخر فهو يضيق من هذه المزايا ويشل من ممارستها بحيث تبدو هذه القيود « كعنصر » مضاد يثقل الملكية ويكسر من حدتها فى الحالات التى يوجد فيها •

ولكن البعض الاخر يرى أن القيود التى يفرضها القانون الحديث على الملكية أداء لوظيفتها الاجتماعية تبلغ من الكثرة والاصالة مرتبة يصعب معها اعتبار وجودها حادثا طارئا على فكرة الملكية ويضاف لها كعنصر خارجى مضاد ، ويتعين اعتبارها كعنصر من عناصر فكرة الملكية ينشأ معها ويعتبر جزاء من مضمونها • فهذه القيود تعتبر بمثابة « تكاليف » أو « التزامات » تكون مع ما يعرف بسلطات الملكية مضمون حق الملكية [1] •

والواقع أن الملكية انما تعبر عن حرية التصرف فى الشىء المملوك ، وهذه الحرية تتضمن بالضرورة حدودها عندما تصطدم بحريات الاخرين•

---

(١) فى هذه النظريات والقائلين بها فى الفقه السويسرى أنظر رسالة Mohammad Mehdi Eljam السابق الاشارة اليها ، ص ٤٣ ــ ٤٧ •

ومن ثم فسلطات الملكية وقيودها تضمها فكرة واحدة هى فكرة الملكية ، اذ أن أحداها دون الاخرى لا تستطيع أن تحقق للانسان أغراضه التى هى سبب الاعتراف له بحق الملكية [1] .

على هذا النحو فان تحديد مضمون الملكية لا يقتصر على بيان سلطاتها وانما يمتد الى تحديد النطاق الذى يفرضه القانون لهذه السلطات .

الفصل الأول : سلطات الملكية

الفصل الثانى : نطاق الملكية

---

(1) المرجع السابق ، ص ٥٠ وما بعدها .

# الفصل الأول

## سلطات الملكية

٣٧ ـ رأينا فيما سبق كيف أن فكرة الملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة فى شىء من الأشياء أو فى حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو فى شخص معنوى . لذلك فالكلام عن سلطات الملكية يقتضى الكلام عن سلطات المالك على الشىء أو الحق أو الشخص المعنوى الذى هو مملوك له . ولما كان موضوع الحقوق الشخصية يدرس فى نظرية الالتزام وموضوع الأشخاص المعنوية يدرس فى أماكن عديدة من الدراسة القانونية فسوف نقتصر على الكلام عن سلطات الملكية فيما يعرف بالحق العينى .

كذلك رأينا أن هذا التصوير لفكرة الملكية يستجيب الى نظرة فقهاء الشريعة الاسلامية ، وان هذه النظرة قد اقتضتهم التفرقة فى هذا الصدد بين المالك التام ، حيث يكون للمالك منفعة الشىء ورقبته ، والملك الناقص، حيث يكون له أحد العنصرين دون الاخر . وأخذا بهذا التقسيم سوف نتكلم أولا عن سلطات الملكية التامة ثم عن سلطات الملكية الناقصة .

المبحث الأول : الملكية العامة

المبحث الثانى : الملكية الناقصة

# المبحث الأول

## الملكية التامة

٣٨ ـ اذا كان حق الملكية التامة يمتد الى كافة المزايا التى يمكن استخصلاها من الشىء ، فان مثل هذه المزايا يستحيل تعدادها تفصيلا • لذلك فقد جرى الفقه على ردها الى سلطات ثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف • ولما كان لفظ الاستغلال يستخدم فى معان أخرى فى لغة القانون ، كما هو الحال فى الكلام عن الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء ، وفى الكلام عن الملكية المستغلة ، فانه يحسن استبدال لفظ الاستثمار بلفظ الاستغلال عند الكلام عن سلطات الملكية •

وشمول حق الملكية التامة لهذه السلطات هو الذى يفسر القول الشائع بأن الملكية حق جامع مانع • فهو حق يجمع كل ما يمكن الحصول عليه من الشىء الذى يرد عليه ، وهو حق يمنع غير المالك مما يخول الشىء من مزايا • وقد عبرت المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى عن ذلك بقولها « لمالك الشىء وحده •• حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » •

ويترتب على هذه الخصائص للملكية التامة ، انه اذا كان من الممكن تقسيم مضمون الملكية بتخويل شخص آخر غير مالك الرقبة سلطة استعمال الشىء أو استثماره ، فان ذلك لا يكون الا بصفة مؤقتة بحيث تعود ملكية صاحب الرقبة حتما فتمتد الى هذه السلطات • ويترتب على ذلك أيضا أن مثل هذا التقسيم لابد أن يترتب على سبب من القانون أو من ارادة المالك يتعين على من يدعيه اثباته •

٣٩ ـ ويقصد بالاستعمال ، فى لغة الفقه ، الافادة المباشرة من المنفعة التى يمكن أن يخولها الشىء فى غير ما يمكن استخراجه منه من منتجات أو ثمار • فاستعمال المنزل يكون بسكنه ، واستعمال السيارة يكون بركوبها ، واستعمال الكتاب يكون بقراءته ••

ويقصد بالاستثمار ، استخلاص ما ينتج عن الشىء من ثمار لا تمس بجوهره • وليس فى القانون تعريف للثمار ولكن المادة ٩٧٨ تبين نوعيها :

١ ــ ثمار مباشرة ( مادية ) وهى اما أن تتولد عن الشيء ذاتيا ، كالكلأ ونتاج الماشية ، فتسمى ثمارا طبيعية ، واما أن تحتاج فى تولدها من الشيء الى عمل الانسان ، كالمزروعات ، فتسمى ثمارا مستحدثة .

٢ ــ ثمار غير مباشر ( مدنية ) ، وهى ما يغله الشيء من دخل نقدى مقابل تخويل الغير الاستفادة المباشرة منه ، كأجرة المنازل والأرض وفوائد النقود المقرضة .

والمهم فى كل ذلك أن الثمار تمثل الدخل المنتظم للشيء دون مساس بجوهره ذاته . ولذلك لا يعتبر من قبيل الثمار ــ التى يشملها الاستثمار ــ منتجات الشيء ، وهى ما ينتج منه فى غير دورية ويقتطع من جوهره ، كالأحجار المستخرجة من المحجر والأشجار المقتطعة من الغابة [1] .

ويقصد بالتصرف ، استخدام الشيء استخداما يستنفد السلطة المقررة عليه كلها أو بعضها . وتعريف التصرف على هذا النحو يوضح الفرق بينه وبين التصرف كرخصة مقررة لصاحب كل حق . فرخصة التصرف الملازمة لكافة الحقوق ، كحق الانتفاع ، انما ترد على هذه الحقوق دون أن تمتد الى الشيء المقررة عليه ، بينما التصرف فى الملكية يمتد فيشمل التصرف فى الشيء ذاته ، اذ الفرض فى الملكية أن الشيء يخضع للتسلط الشامل من جانب المالك . وعلى ذلك فالتصرف فى الملكية التامة لا يقتصر على التصرف القانونى المعروف فى سائر الحقوق وانما يشمل أيضا التصرف المادى باستهلاك الشيء أو اعدامه أو تحويله الى صورة أخرى .

٤٠ ــ على أن هذا التقسيم الثلاثى لما تتضمنه الملكية التامة من مزايا ومنافع لا يعبر عن الحقيقة فى كثير من الأحوال .

---

(١) حسن كيرة ، بند ٥٧ ، اسماعيل غانم بند ٣٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ١٩٦٠ ، بند ٢٠ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٦ .

١ ــ فقد يختلط الاستعمال بالاستثمار • فاذا كانت الملكية واردة على أرض زراعية كان من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستثمار ، اذ أن استعمال الأرض الزراعية لا يكون الا بزراعتها والحصول على ثمارها •

٢ ــ وقد يختلط الاستثمار بالتصرف • فالتفرقة بين الاستثمار والتصرف تقوم على أساس أن الأول لا يمس بجوهر الشيء وأن الآخر يمس بهذا الجوهر ، ومن ثم فان الاستثمار يخول الحصول على ثمار الشيء دون منتجاته • غير أن التفرقة بين الثمار والمنتجات ليست تفرقة جامدة ، اذ تستطيع الارادة تغيير الوصف القانونى للمنتجات وادخالها فى طائفة الثمار ، اذا ما اتجهت الى اعداد الشيء اعدادا خاصا من شأنه أن تتولد منتجاته بصفة دورية منتظمة ، رغم ما يكون فى تولدها من مساس بجوهر الشيء • فالأحجار المقتطعة من المحجر والأشجار المقتطعة من الغابة وان كانت تعتبر من قبيل المنتجات ، الا أنه يكفى اعداد المحجر أو الغابة لانتاج هذه الأحجار أو الأشجار بصفة دورية منتظمة حتى تعتبر من قبيل الثمار •

٣ ــ وقد يختلط الاستعمال بالتصرف • فاذا كانت الملكية واردة على شيء من الأشياء التى لا تتحمل الاستعمال المتكررة ، كان استعمال الشيء متضمنا التصرف فيه • فاستعمال النقود أو المواد الغذائية يتضمن فى نفس الوقت التصرف فيها ، اذ أن هذا الاستعمال يترتب عليه استهلاكها •

٤١ ــ وتتيجة لهذا الخلط بين سلطات الملكية الثلاث ، الناشيء عن التعريف الضيق لكل من فكرة الاستعمال والاستثمار ، فقد ذهب البعض [1] الى تعريف الاستعمال تعريفا واسعا يتضمن استعمال الشيء فى كل ما أعد له ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه ، ولو كان هذا الاستعمال يتمثل فى الحصول على ثمار الشيء المباشرة طبيعية كانت أم مستحدثة ، كما فى زراعة الأرض للحصول على ثمارها ، أو فى الحصول

(١) السنهورى ، بند ٢٩٦ ــ ٣٠٥ •

على منتجاته ، كما فى الحصول على أحجار المحجر أو أشجار الغابة ، أو كان يصل الى استهلاك الشيء ، كما فى المواد الغذائية • ويمكن أن تتلمس فى المادة ٨٠٤ من التقنين المدنى سندا لهذا التعريف الواسع ، اذ تنص على أن « لمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » •

ووفقا لهذا النظر تقتصر سلطة الاستثمار على التعبير عن سلطة تخويل الغير حق الحصول على ثمار الشيء فى نظير مقابل أو على ما يعرف بالثمار غير المباشرة أو المدنية • أما سلطة التصرف فتقتصر على التصرف القانونى الناقل للملكية أو للحقوق العينية دون التصرف المادى • فسلطة الاستثمار تتمثل فى عمل قانونى من أعمال الادارة ، وسلطة التصرف تتمثل فى عمل قانونى من أعمال التصرف بمعناها المألوف •

٤٢ ــ والواقع أنه اذا تأملنا فى الأمر فاننا نجد أن سلطة التصرف القانونى ليست من مضمون حق الملكية وانما هى رخصة مقررة لصاحب كل حق وتفترض سلفا استجماع الحق لعناصر وجوده • هذا فضلا عن أنه لكى تعتبر سلطة التصرف عنصرا فى مضمون حق الملكية ، يجب أن تكون ملازمة لهذا الحق ، والا تتوافر فى غيره من الحقوق [1] • ولكن الواقع أن المالك قد يمنع من التصرف القانونى فى حقه بنص فى القانون أو بمقتضى شرط ارادى محض فى التصرف الذى تلقى عنه حقه ، كما ان امكانية التصرف القانونى صفة تلازم جميع الحقوق بصفة عامة بما فيها حقوق الدائنية •

ينبغى اذن ، عند بيان مضمون الملكية التامة ، الاقتصار على سلطة الاستعمال والاستثمار والتصرف المادى فى الشيء المملوك ، سواء أبقينا على هذا التقسيم الثلاثى لعناصر الملكية التامة أو أخذنا بتقسيم ثنائى

---

(1) S. Ginossar, op. cit., No. 11.

يدخل التصرف المادى فى الاستعمال • على أنه يلاحظ أن تصوير الملكيــة التامة على أنها تمتع بسلطات الاستعمال والاستثمار والتصرف لا يقصــد به سوى تصوير مدى هذا الاختصاص دون أن تكون له نتيجة عمليــة معينة فى هذا الصدد • وقد يكون من الأدق أن نقول ان المالك يختص بمنفعة الشىء من ناحية ورقبته من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية • فالاختصاص بالمنفعة يعبر عن سلطة التحكم فى أوجه الاستفادة من الشىء ، والاختصاص بالرقبة يعبر عن سلطة التحكم فى وجوده وكيانه ومصيره • وبذلك تقتصر فائدة التفرقة بين الاستعمال والاستثمار على تحديد نطاق الملكية الناقصة التى لا تشمل سوى منافع الشىء كلها أو بعضها ، أو على تحديد حق الحائز حسن النية فى الثمــار كما سيأتى الكلام عليه فى موضعه [1] •

وسلطات الملكية ، على هذا النحو ، تثبت للدولة والأشخاص المعنوية العامة والمشروعات العامة ، على الأشياء المملوكة لها ، كما تثبت للافراد على ملكهم • فلهذه الأشخاص جميعا استعمال الأشياء المملوكة لها استعمالا مباشرا سواء كانت مملوكة لها ملكية خاصة أو كانت مملوكة لها ملكية عامة كما فى استعمالها للطرق والكبارى والموانى وغيرها ، ولها الحصول على ثمارها المباشرة ، ولها تخويل الغير الانتفاع بها بمقابل تحصل عليــه كثمار مدنية ، كما فى الســكك الحــديدية والتليفونات التى تأتى بربح وفير للدولة ، ولها التصرف فيها تصرفا ماديا ، كما لو كان الشىء بناء تهدمه •

على أنه يلاحظ بالنسبة للاشياء المخصصة للمنفعة العامة ، أن حق الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة أو المشروعات العامة فى استعمالهــا

---

(١) قارب محمد مهدى الجام ( المرجع السابق ، ص ٥٨ ) حيث يقول بصدد التقسيم الثلاثى لسلطـــات المالك :

« On sépare deux facultés de même nature : jus utendi et jus fruendi ; faculté d'avoir les fruits (naturels ou civils) de la chose ; et on réunit deux facultés distinctes dans une seule et même faculté : jus abutendi qui emporte la consommation matérielle de la chose et sa consommation juridique ».

واستثمارها والتصرف فيها مقيد بالغرض المخصص له الشيء • فاذا كانت هذه الأشياء مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور مثلا ، كالطرق والكبارى فان استعمال الدولة لا يحول دون استعمال الجمهور لها • وتخويل الأفراد الانتفاع بهذه الاشياء ، عن طريق الايجار — مثلا ، مشروط بعدم تعارض هذا الانتفاع مع المنفعة العامة ويجب انهاؤه اذا أصبح متعارضا معها [1] • والتصرف فى هذه الأشياء منوط بانهاء تخصيصها للمنفعة العامة على نحو ما سبق أن رأيناه •

٤٤ — واذا كان للمالك أن يستعمل ملكه وأن يستثمره وأن يتصرف فيه فالأصل أن له أن يقعد عن استعماله أو استثماره أو التصرف فيه • فله ألا يستعمل منزله أو أرضه أو سيارته او الا يؤجرها ، دون ان يتصرف فيها • ولكن الواقع أن هذه الحرية ليست الا أثرا من آثار المذهب الفردى ، لم يعد متفقا مع المذهب الاجتماعى الذى ينحصر فيه تبرير الملكية فيما تقدمه من نفع اجتماعى • ومن المؤكد أن قعود المالك عن مباشرة سلطاته يضر بصالح المجتمع عن طريق تعطيل ثرواته • لذلك كثيرا ما يتدخل المشرع لاجبار المالك على استثمار ملكه أو يقضى بسقوطه عنه جزاء لعدم استعماله له • فالمادة ١١ من قانون ايجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه « لا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجرة القانونية ، والمادة ٣/٨٧٤ من القانون المدنى ( قبل الغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ) كانت تجيز لمن يضع يده على الأراضى غير المزروعة والتى لا يملكها أحد من الأفراد ، فيقوم بزراعتها أو غرسها أو البناء عليها ، أن يتملكها ، ولكنها كانت تسقط ملكيته لها اذا لم يستمر فى استعماله مدة خمس سنوات متتالية خلال السنوات الخمس عشرة التالية للتملك ، والمادة

(١) محمد زهير جرانه ، ص ١٢٤ وما بعدها ، السنهورى ، بند ٦٩ •

١٤/٣ من قانون الاصلاح الزراعى تقرر اسقاط ملكية من وزعت عليه الأرض وفقا لأحكامه ، اذا أخل بواجب العناية بزراعتها خلال خمس سنوات من تاريخ العقد النهائى . كذلك كثيرا ما يتدخل المشرع لاجبار المالك على التصرف فى ملكه تصرف ماديا ، كما فى اجباره على هدم المبانى الآيلة للسقوط مثلا .

# المبحث الثانى

## الملكية الناقصة
## ( الحقوق العينية على ملك الغير )

٤٥ ـ قد يخول المالك شخصا آخر حقا عينيا على الشىء ينقص من تسلطه عليه ، اما بالحصول على منفعته كلها أو بعضها مدة معينة ، كما فى حق الانتفاع وحق الاستعمال أو السكنى ، واما بالحصول على مجرد حق ارتفاق على عقار . فاذا ما خول المالك للغير حق الانتفاع بقيت له الرقبة ، واذا ما خوله الاستعمال أو السكنى بقى له بجانب الرقبة الحق فى ما قد يغله الشىء من ثمار ، واذا اقتصر على تخويله حق ارتفاق بقيت له مع الرقبة كل المنفعة مع تقيده بعبء الارتفاق . وسوف نعرض لحق الانتفاع ومشتقاته من استعمال أو سكنى ثم للارتفاق ، مع ملاحظة أن الكلام على هذه الحقوق يتضمن فى ذاته الكلام عن الرقبة .

المطلب الأول : الانتفاع ومشتقاته

المطلب الثانى : الارتفاق

# المطلب الأول

## الانتفاع ومشتقاته

**تعريف الانتفاع وخصائصه :**

٤٦ ـ لم يعرف التقنين المدنى حق الانتفاع . ويمكن القول انه حق

عينى يخول لشخص معين الحصول على منفعة شيء أو حق للغير [1] .

وهذا الحق ينشأ ، كما سوف نراه ، بتصرف قانونى ، كالعقد أو الوصية ، أو بواقعة قانونية ، كالشفعة أو الحيازة [2] . ولكن أيا ما كانت طريقة اكتساب الانتفاع فهو حق مؤقت ، مآله الى الانقضاء ، بحيث تعود المنفعة لمالك الرقبة ، فتجتمع له كل عناصر الملكية من جديد . فحق الانتفاع ، طبقا للمادة ١/٩٩٣ : اما أن يتقرر لأجل معين فينقضى بانتهائه أو بموت المنتفع ولم لم ينته هذا الأجل ، واما أن يتقرر دون تحديد أجل منه فيعتبر مقررا لمدى حياة المنتفع وينقضى بموته .

ولما كان حتى الانتفاع بطبيعته حق مؤقت ، فقد نصت المادة ٩٩٥ على سقوطه بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة [3] .

وحق المنتفع حق عينى لانه يرد مباشرة على الشيء . ولذلك يكون للمنتفع تتبع الشيء فى أى يد يكون لاقتضاء حقه منه ، كما يكون له أن يستبعد كل مزاحمة من الغير فى حدود مضمون حقه .

والمنتفع باعتباره صاحب حق على منفعة الشيء يستطيع التصرف فى حقه ككل صاحب حق ، ولكنه لا يستطيع التصرف فى الشيء ذاته ، اذ أن حقه قاصر على المنفعة دون الرقبة [4] .

---

(١) يعرف مشروع القانون المدنى الجديد حق الانتفاع بقوله « الانتفاع حق عينى يخول صاحبه استعمال عقار أو منقول أو حق للغير واستغلاله » .

(٢) يلاحظ أن الانتفاع ينشأ أيضا فى القانون الفرنسى بنص القانون ، وتوجد تطبيقات هذا المصدر فى نظام الميراث وفى النظام المالى للزوجين .

(٣) وحق الانتفاع ينتهى كذلك باتحاد المالك ، كما ينتهى بهلاك الشيء محل الانتفاع . على أنه اذا استحق تعويض أو تأمين عن الهلاك كان للمنتفع أن ينتفع به بقية مدة الانتفاع . وقد يحكم بسقوط الانتفاع على سبيل أجزاء ، كما سوف نراه .

(٤) ينص مشروع التقنين المدنى الجديد على انه « — ١ — للمنتفع أن يتصرف فى حقه ما لم يكن ممنوعا من ذلك — ٢ — وفى حالة التصرف فى حق الانتفاع يكون المنتفع الاصلى مسئولا قبل مالك الرقبة عن قيام المتصرف اليه بالتزاماته ما لم يقبل مالك الرقبة التصرف » .

## محل حق الانتفاع :

٤٧ ــ والانتفاع يرد على العقار والمنقول ، سواء كان منقولا ماديا أم معنويا ، كما يرد على الحقوق الشخصية أو حقــوق الدائنيــة • على أن الانتفاع اذا ورد على أشياء قابلة للاستهلاك فانه يتضمن بالضرورة التصرف فيها • لذلك فان الانتفاع بمثل هذه الأشياء معناه فى الواقع نقل ملكيتها للمنتفع مع التزامه برد مثلها أو قيمتها عند نهاية الانتفاع [١] •

واذا ورد الانتفاع على منقــول غير مادى أو على حق من الحقوق الشخصية فقد سبق أن رأينا ما يثيره من صعوبة نتيجة عدم تصور حق عينى يرد على شيء معنوى أو على حق شخصى يتمثل فى دين معين [٢] ولكن اذا سلمنا بأن الملكية ليست ســوى التعبير عن علاقة التبعيــة بين شخص وشيء من الأشياء ماديا كان هــذا الشيء أو معنويا ، وان الحق العينى ليس الا التزاما عينيا ، فانه يكون من السهل تصور ورود الانتفاع على الأشياء المعنوية [٣] •

## مضمون حق المنتفع :

٤٨ ــ ومادام للمنتفع الحق فى الحصول على منفعة الشيء فانه يكون له استعماله كما يكون له استثماره •

---

(١) وقد نص مشروع القانون المدنى الجديد على أنه « اذا اشتمل الانتفاع على اشــياء قابلة للاستهلاك جاز للمنتفع أن يستعملها بشرط أن يرد قيمتها عند نهاية الانتفاع وفق التقدير المتفق عليه ، فان لم يكن هناك تقدير متفق عليه كان للمنتفع الخيار بين أن يدفع قيمة هذه الاشياء أو ان يرد بدلها .

فى هذا الصدد راجع : عبد المنعم البدراوى ، بند ٢١٨ وما بعده ،
S. Ginossar, op. cit., No. 54 ; Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 104.

(٢) راجع ما تقدم بند ١٠ .

(٣) فى الانتفاع بالاشياء المعنوية راجع : عبد المنعم البدراوى ، بند ٢٢١ وما بعده ،
Marty et Raynaud, T. 3, No. 68 et ss.

ولكن المنتفع اذا كان له الاستعمال مثله فى ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فهو مقيد فى استعماله بالغرض المخصص له الشىء دون أن يكون له التغيير فى تخصيصه ، خلافا للمالك ملكية تامة الذى له أن يستعمل الشىء فى أى وجه أراد . على هذا النحو قررت المادة ٩٨٨/١ أن « على المنتفع أن يستعمل الشىء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة » .

واذا كان للمنتفع استثمار الشىء مثله فى ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فان الاستثمار يمتد الى ثمار الشىء دون منتجاته التى تبقى للمالك باعتبار الحصول عليها يمس بجوهر الشىء ، فضلا عن أنها لا تتجدد بصفة دورية ، بحيث لا يمكن القول بأنها تمثل الدخل العادى المنتظم للشىء . ولكن ما هو النطاق الزمنى الذى تتحدد به الثمار التى تكون للمنتفع ؟ يفرق القانون الفرنسى فى هذا الصدد بين الثمار الطبيعية والثمار المدنية . فالثمار الطبيعية تكتسب بالقبض بحيث تكون الثمار التى يتم قبضها من يوم بدأ الانتفاع للمنتفع وتكون الثمار التى لا يتم قبضها حتى آخر يوم فيه للمالك الأصلى . أما الثمار المدنية فتكتسب يوما فيوما ، ومن ثم يكون للمنتفع منها ما يوازى مدة انتفاعه [١] . وقد انتقد كثير من الشراح الفرنسيين حكم الثمار الطبيعية فى هذا الشأن وطالبوا باجراء حكم الثمار المدنية عليها باعتباره أكثر عدالة [٢] . وقد أخذ المشرع المصرى بوجهة نظر هؤلاء الشراح فنص فى المادة ٩٨٧ على أن « تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » ، ونصت المادة ٩٩٣ على أنه « واذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع

---

(١) Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073 ; Gosserand.

(٢) Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073 ; Gosserand. Cours de droit civil, T. I, No. 1901.

بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا الأجرة عن هذه الفترة » •

ولا صعوبة فى تطبيق هذه الأحكام بالنسبة للثمار المدنية اذ يحصل المنتفع منها على ما يوازى الفترة بين بدأ الانتفاع وانتهائه • أما بالنسبة للثمار الطبيعية فيصير توزيع الثمار الموجودة فى الأرض عند بدأ الانتفاع بين المالك الأصلى وصاحب الانتفاع بحسب ما يقابل المدة التى كان له الانتفاع فيها بالشيء من مدة بقاء الثمار فى الأرض ، على أن يعوض المالك عن المصروفات التى أنفقها [1] • أما الثمار التى لا تزال فى الأرض عند انتهاء الانتفاع فتكون للمنتفع ، على أن يدفع أجرة الأرض عن الفترة ما بين انتهاء الانتفاع ونضج الثمار •

والمنتفع ــ فى حدود مضمون حقه ــ يستطيع أن يقوم بأعمال الادارة كالتأجير وبيع المحاصيل والقيام بالأعمال التحفظية ورفع الدعاوى • [2]

٤٩ ــ ووجود حق المنتفع وحق مالك الرقبة على نفس الشيء يفرض على كل منهما عدة التزامات تضمن ممارسة الآخر لحقه [3] •

فالمنتفع يلتزم برد الشيء عند انتهاء حق الانتفاع ، فاذا كان الرد مستحيلا كان عليه أن يرد قيمتهمقدرة فى هذا الوقت • ولا يعفى المنتفع من هذا الرد الا اذا هلك الشيء بقوة قاهرة أثناء مدة الانتفاع • أما اذا كان الشيء قد هلك بعد انتهاء الانتفاع وتأخر المنتفع فى الرد فهو مسئول عن هذا الهلاك ولو كان بسبب أجنبى ( م ٩٩٠/٢ ) • وضمانا للوفاء بهذا

---

(١) عبد المنعم البدراوى بند ٢٢٨ •

(٢) راجع مذكراتنا فى التنظيم القانونى للايجار ( على الالة الكاتبة ) ١٩٦٧ ــ بند ١٧١ •

(٣) Hassan Aberkane, L'obligation propter rem en droit positif français, Paris, 1957, No. 38 et ss.

الالتزام أوجب المشرع على المنتفع ، عند بدء الانتفاع ، أن يقوم بجرد الشيء المقرر عليه الانتفاع اذا كان منقولا وتقديم كفالة به ( م ٩١٤ ) ٠

ويلحق برد الشيء رد الثمار التي يتم قبضها بعد انتهاء الانتفاع ، اذ أن هذه الثمار ــ كما قدمنا ــ لا تكون من حق المنتفع ٠

ويترتب على هذا الالتزام بالرد ، الذي يعتبر جوهر حق مالك الرقبة ، الزام المنتفع بحفظ الشيء وفقا لمعيار الشخص المعتاد ٠ فاذا ما أخل بهذا الالتزام اخلالا ترتب عليه ضرر بمالك الرقبة كان المنتفع مسئولا عن تعويض هذا الضرر ٠ وقد نصت المادة ١/٩٩٠ على هذا الالتزام بقولها « على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد » ٠ ويترتب على هذا الالتزام العام بالحفظ عدة نتائج حددتها المادتين ٩٨٨ ، ٩٨٩ من القانون المدني ٠

فالمنتفع عليه أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه عليها وبحسب ماأعد له وأن يديره ادارة حسنة ( م ١/٩٨٨ ) ٠ وعلى ذلك فهو يلتزم بعدم التغيير في مادة الشيء ، أو في الاستعمال المخصص له ، كأن يحول المسكن مثلا الى محل تجاري ٠ على أن المعيار العام في هذا الشأن هو معيار الادارة الحسنة ، فالمنتفع يستطيع القيام بمثل هذه التغييرات اذا كانت من قبيل هذه الادارة [1] ٠

وقد خولت المادة ٢/٩٨٨ « للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ٠ فاذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فان لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع

---

(١) نص مشروع التقنين المدني الجديد على هذا الحكم بقوله « على أنه يجوز للمنتفع اذا وجد مبرر قوي أن يغير فيما أعد الشيء له وفي طريقة استغلاله وذلك على نفقته وبحكم من القضاء ٠ »

طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها ، وله تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير » • ومثل هذه الاجراءات لا تخل بالطبع بحق مالك الرقبة فى المطالبة بالتعويض عن كل هلاك أو تلف يصيب الشىء بخطأ المنتفع •

والمنتفع عليه أن يقوم — طوال مدة انتفاعه — بالاصلاحات التى يقتضيها حفظ الشىء محل الانتفاع وصيانته • كذلك يلتزم المنتفع بالتكاليف المعتادة التى تدفع عادة من دخل الشىء ، كالضريبة العقارية مثلا • أما الاصلاحات الجسيمة ، كاعادة بناء المسكن مثلا ، والتكاليف غير المعتادة مثل ضريبة الدخل ، فهذه يتحملها مالك الرقبة ، وان كان المنتفع يلتزم بفوائدها طوال مدة الانتفاع [1] • وقد نصت المادة ٩٨٩ على كل ذلك بقولها :

١ — « المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة •

٢ — أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك • فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع » •

٥٠ — ولكن اذا كان ضمان حق مالك الرقبة يفرض على المنتفع مثل هذه الالتزامات فهل لا يقتضى ضمان حق المنتفع فرض التزامات معينة على عاتق مالك الرقبة ؟ يسلم الفقه والقضاء بالتزام مالك الرقبة بعدم التعرض للمنتفع فى تمتعه بحقه ، ولكنه يرفض التسليم بالتزامه قانونا بالاصلاحات الجسيمة التى يضعها القانون على عاتقه بحجة أن المنتفع صاحب حق عينى .

فلا يمكن أن يلتزم مالك الرقبة قبله بأى التزام ايجابى [1]

ولكن هناك اتجاه آخر فى الفقه يرمى الى الزام مالك الرقبة بالقيام بالاصلاحات المذكورة ضمانا لاستمتاع المنتفع بحقه • مثل هذا الالتزام يبرره تنازع حق كل من المنتفع ومالك الرقبة على الشىء • فطالما كان من المسلم به التزام المنتفع ببعض الالتزامات التى يفرضها ضمان حق مالك الرقبة ، وهو حق عينى ، فان ضمان حق المنتفع ، وهو حق عينى كذلك ، يفرض التزامات مماثلة على عاتق مالك الرقبة [2] •

**تقـدير حق الانتفاع :**

٥١ ــ والواقع أن حق الانتفاع ، بالرغم من تنظيم المشرع المصرى له ، يكاد يكون غير معروف عملا فى مصر • وقد وجه الفقه الفرنسى الى هذا النظام عدة انتقادات أهمها ما يؤدى اليه تأقيت الحق من انصراف المنتفع الى الحصول على كل ما يستطيع من منافع الشىء بما قد يستنفده دون الاكتفاء باستثماره استثمارا معقولا ودون العناية بما قد يلزم لاستثماره من اضافة أو تحسين ، وما يؤدى اليه من انخفاض قيمة الشىء ، حيث يكون من الصعب بيع كل من الرقبة والانتفاع على انفراد • ولكن على الرغم من هذه الملاحظات ، فان الانتفاع يمكن أن يؤدى دورا هاما فى الحياة الاقتصادية بما يتيحه للمالك الذى يريد الاحتفاظ بمنفعة شىء مملوك له طوال حياته مع التصرف فى رقبته للحصول على ما يريده من أموال ، وكذلك للمالك الذى يريد التصرف فى المنفعة مع الاحتفاظ بالرقبة على أمل اجتماع عناصر الملكية لديه بعد ذلك [3] •

---

(١) Aubry et Rau, par Bartin, Droit civil français, T. 2 1935, No. 234; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, Droit civil, Les biens, 1899, No. 558; Req. française, 10, 12, 1900, s. 104, 1, 36.

(٢) Carbonnier, p. 114 et s. ; Aberkane, op. cit., No. 40 et s.

(٣) فى هذا الصدد راجع :
Marty et Raynaud, T. III, No. 63 ; Carbonnier, p. 111 et s.

وقد عنى مشروع التقنين المدنى بتشجيع المنتفع على القيام بالتحسينات والاضافات اللازمة لتحقيق الشيء محل الانتفاع للغرض المخصص له ، فنص على أنه :

١ ــ « للمنتفع الحق فى تعويض عن التحسينات التى تكون قائمة وقت رد الشيء •

٢ ــ ويقدر التعويض بمقدار ما أنفق فى هذه التحسينات ، أو ما زاد فى قيمة الشيء أيهما أقل •

٣ ــ ويجوز للمحكمة أن تقضى بتقسيط التعويض بشرط تقديم الضمانات اللازمة » ، كما نص على أنه « يجوز للمنتفع أن يحدث اضافات لا تغير فيما أعد الشيء له •

٤ ــ ولا يجوز للمالك أن يطلب ازالة هذه الاضافات وانما يخير بين أن يدفع مقدار ما أنفق فى احداثها وما زاد بسببها فى قيمة الشيء وقت رده •

٥ ــ وللمنتفع أن ينزع هذه الاضافات عند انتهاء الانتفاع اذا لم يترتب على ذلك ضرر بالشيء ؛ الا اذا اختار المالك استبقائها فى مقابل أقل القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة » •

**الاستعمال والسكنى :**

٥٢ ــ واذا كان هذا هو مضمون الانتفاع باعتباره حقا يرد على منفعة الشيء ، فانه من المتصور أن يمنح المالك شخصا آخرا الحق فى الحصول على بعض ثمار الشيء دون استعماله أو ادارته ، أو أن يخوله استعماله دون الحصول على ثماره • وقد عنى التقنين المدنى بتنظيم وضعين من هذه الأوضاع تحت اسم حق الاستعمال وحق السكنى •

فحق الاستعمال وحق السكنى ليسا الا نوعا من الانتفاع ، يتميز باتصاله إتصالا وثيقا بشخص المنتفع ، ويتحدد مضمونه بامكانيـاته فى الاسـتعمال .

فحق الاستعمال لا يخول صاحبه سـوى سلطة الاستعمال دون الاستثمار ، ومن ثم فهو يتيح له الحصول على خدمات الشىء وثمـاره . ولكن الحق فى الحصول على الثمار مقيد بما يكفى حاجة صاحب الحق هو وأسرته . وحق السكنى ليس سوى حق الاستعمال مطبقا على المنازل. وقد نصت المـادة ٩٩٦ على ذلك بقولها « نطاق حق الاستعمال وحـق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم ، وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشىء للحق من أحكام » .

وتحدد حقوق والتزامات كل من صاحب الاستعمال أو السكنى فى مواجهة مالك الشىء على النحو الذى تتحدد به التزامات المنتفع ، فى حدود مضمون حقه ، فيكون له حق فى الادارة عموما ، ولكن ليس له الحق فى التأجير ما لم يمنحه سند الحق ذلك . ويكون عليه التزام بالحفظ والرد على النحو الذى رأيناه فى حق الانتفاع .

وهذان الحقان غير قابلين للتصرف فيهما لصالح شخص آخر بحسب الأصل ، وقد نصت على ذلك المـادة ٩٩٧ بقولها « لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قانونى » .

وعموما يسرى على حق الاستعمال وحق السكنى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين . فلا ينطبق على حق السكنى مثلا ما تنص عليه المـادة ٢/٩٨٨ من أنه يجوز أن ينزع القاضى الشىء الوارد عليه حق الانتفاع من يد صاحب هذا الحق ليسلمه الى أمين .

## المطلب الثانى

### الارتفـــاق

**تعريف الارتفاق وخصائصه :**

٥٣ ــ حق الارتفاع ، كما تعرفه المـــادة ١٠١٥ من القانون المدنى ، « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » ، كحق شرب أو مجرى أو مسيل أو مطل أو مرور يتقرر لعقار على عقار ، أو كمنع البناء على عقار أو منع البناء عليه بعد ارتفاع معين لمصلحة عقـــار آخر • فالارتفاق عبء على عاتق العقـــار المرتفق به ، بمعنى أن وجوده مرتبط بوجود هذا العقار ، فيبقى ما بقى مهما تعاقب عليه الملاك • والارتفـــاق يتقرر لخدمة العقار المرتفق ، سواء كان ارتفاقا ايجابيا كحق المرور أو ارتفاقا سلبيا كعدم البناء ، بمعنى أن وجوده مرتبط أيضا بوجود هذا العقـــار مهما تعاقب عليه الأصحاب • على أن الارتفاق على هذا النحو يفترض أن العقار المرتفق به والعقار المرتفق لمـــالكين مختلفين ، بمعنى أنه اذا كان هناك عقاران لمالك واحد يقوم أحدهما بخدمة الاخر فلا يمكن القـــول بأن العقار الخادم فى هذه الحالة يتحمل بحق ارتفاق لصالح العقار المخدوم ، وان كان مثل هذا الوضع قد يكون بداية لتوليد حق ارتفـــاق بالمعنى الدقيق اذا ما أصبح العقاران فيما بعد لمـــالكين مختلفين•

والارتفاق لا يرد الا على العقار بالطبيعة • بل وفى طائفة العقارات لا يتصور وجوده الا على الأرض والبناء ، فلا يتصور وجوده مثلا على الأشجـــار •

ويجوز بمقتضى المـــادة ١٠١٥ أن يترتب الارتفاق على عقار عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا العقار • على أنه يلاحظ فى هذا الشأن أن اكتساب الارتفاق على العقار العام بالاتفاق مقيد بعدم

تعارض ذلك مع التخصيص المعد له الشيء وفقا للقاعدة فى التصرف فى الأشياء العامة [1] • كذلك فان مثل هذا الارتفاق لا يمكن كسبه بالتقادم وفقا لمبدأ عدم جواز اكتساب حق عينى على الشيء العام بالتقادم •

ومن الطبيعى أنه يمكن انشاء حق ارتفاق لصالح العقار العام على عاتق عقار خاص ، سواء كان ذلك عن طريق الاتفاق أو التقادم • على أن مثل هذا الارتفاق يأخذ صفة الشيء العام ، فلا يمكن سقوطه بالتقادم ويرتبط وجوده بتخصيص الشيء العام للمنفعة العامة اذا كان متعلقا بهذا التخصيص [2] •

والارتفاق حق تابع لا يتصور وجوده منفصلا عن العقار المرتفق ، ومن ثم فلا يمكن التصرف فيه أو الحجز عليه مستقلا عن هذا العقار ، ويستفيد منه من ينتفع بهذا العقار من منتفع أو مستأجر •

والارتفاق لا يقبل التجزئة ، بمعنى أنه يقوم على عاتق كل العقار المخدوم لصالح كل العقار الخادم بالرغم مما يخضع له أيهما من تجزئة • وقد نصت المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ على هذا المبدأ وبينت حدوده • فالمادة ١٠٢٤ تقضى بأنه :

١ ــ اذا جزىء العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به •

٢ ــ غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع الا جزء من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » • والمادة ١٠٢٥ تقضى بأنه :

---

(١) قارن محمد زهير جرانة ، ص ٥٧ ، وما بعدها •
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٤ •

١ — « اذا جزىء العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جــزء منــه •

٢ — غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه » •

والارتفاق ليس حقا مؤقتا كحقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، ذلك أن هذا الحق ، كما قلنا ، ليس مقررا لصالح صاحب العقار المخدوم على عاتق صاحب العقار الخادم ، وانما لصالح العقار المخدوم ذاته وعلى عاتق العقار الخادم ، ومن ثم فهو يدوم بدوام هذين العقارين ما لم يؤقت عند انشائه بأجل ينقضى بانقضائه • وتطبيقا لنفس الفكرة نصت المــادة ١٠٢٨ من القانون المدنى على أنه :

١ — ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق •

٢ — ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحــق ، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » ، ونصت المادة ١٠٢٩ من نفس القانون على أنه : « لمــالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفــاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » •

وليس فى دوام حق الارتفاق على هــذا النحو ما يمس بجوهر حق الملكية الوارد على العقار الخادم فى منفعته أو رقبته ، اذ أنه من الواضح أن مالك هذا العقار يظل متمتعا بكل من المنفعة والرقبة ، غاية ما فى الأمر

أن الارتفاق يحد من الاستئثار بمنفعة العقار المرتفق به لمصلحة العقار المرتفق .

**الارتفاق والحق الشخصي :**

٥٤ — ولما كان الارتفاق مرتبط على هذا النحو بوجود العقار المرتفق به والعقار المرتفق مهما تعاقب عليهما الملاك ، فيتقيد به المالك الجديد للعقار المرتفق به ويستفيد منه صاحب العقار المرتفق ، فان الارتفاق يختلف عن الأعباء الشخصية التى قد توجد فيما بين الملاك المتجاورين ولكنها لا تقوم الا فيما بين أطرافها ، ولو تعلقت بعقار ، فلا تنتقل ايجابا أو سلبا اذا ما انتقلت ملكية العقار المرتفق أو العقار المرتفق به الى شخص جديد . فاذا ما كان لشخص معين حق استعمال بئر مملوكة لشخص آخر ، فاما أن يكون استعمال هذه البئر لرى أرضه فيكون حق ارتفاق لارتباطه بعقار معين وقيامه على خدمته ، واما أن يكون استعمالها فى شأن آخر من شئونه لا يتعلق بأرضه فيكون حقا شخصيا . واذا ماتعهد شخص بحرث حقل لجاره ، فان صاحب الحقل لا يكون له حق ارتفاق وانما مجرد حق شخصى . لأن هذا الحق لا يرتبط من الناحية السلبية بعقار مرتفق به وانما يرتبط بذمة المدين [1] .

وترجع أهمية التفرقة بين حق الارتفاق والحق الشخصى الى أن حق الارتفاق ، كما قلنا ، يتبع الملكية ايجابا وسلبا فينتقل بانتقالها . ويكون بالتالى حقا دائما ، بينما الحق الشخصى لا ينتقل بانتقال الملكية الا اذا

(١) راجع فى التفرقة بين حقوق الانفاق والحقوق الشخصية : عبد المنعم البدراوى ، بند ٢٧٣ وما بعده ،

Marty et Raynaud, No. 140 ; Carbonnier, p. 173 et ss.

ويلاحظ أن البعض يفرق بين الارتفاقات العينية والارتفاقات الشخصية التى تكون مفروضة على عقار لمصلحة شخص معين وليس لمصلحة عقار آخر

(Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 813)

كان من مستلزمات الشيء وكان الخلف الخاص على علم به وقت انتقال الشيء اليه ( م ١٤٦ ) ، وهو حق مؤقت بطبيعته • هذا فضلا عن أن مالك العقار المرتفق يستطيع التخلص منه اذا هو تخلى عن عقاره ، ولا توجد هذه المكنة فى الحق الشخصى •

ولما كان لحق الارتفاق هذه الخصائص التى تميزه عن الحق الشخصى، فقد جرى الفقه على القول بأن حق الارتفاق حق عينى يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار المرتفق به ، دون حاجة لتدخل صاحب هذا العقار ، اللهم الا ترك صاحب الارتفاق يمارس مضمون حقه ؛ وأن الارتفاق لا يمكن أن يتمحض فى عمل ايجابى يقوم به مالك العقار المرتفق به •

غير أن السند المنشىء للارتفاق كثيرا ما يتضمن الزام مالك العقار المرتفق به ببعض الالتزامات الايجابية ، كالالتزام بالمحافظة على الطريق فيما يتعلق بارتفاق المرور . أو الالتزام بالمحافظة على المجرى فى ارتفاق المجرى • وهذه الالتزامات ، بالرغم من صفتها الايجابية ومن تحمل شخص المالك بها . تنتقل الى ملاك العقار المرتفق به المتعاقبين ، وتأخذ سائر خصائص حق الارتفاق السابق الاشارة اليها . وتعرف لذلك بالالتزامات العينية • ولكن وجود مثل هذه الالتزامات لا يخل بالقاعدة سالفة الذكر والتى تقضى بأن محل الارتفاق لا يمكن أن يكون عملا ايجابيا يؤديه مالك العقار المرتفق به ، اذ أنها لا توجد بصفة مستقلة عن الارتفاق [1] • وقد نصت المادة ١٠٢١ على ذلك بقولها « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق الا أن يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك » •

وقد أثار وجود مثل هذه الالتزامات العينية جدلا فى الفقه حول علاقتها بحقوق الارتفاق • فالبعض يجعل من الالتزام العينى فكرة مستقلة ، ويفرق

---

(١) عبد المنعم البدراوى ، بند ٢٧٤ ، Marty et Raynaud, No. 146

بينها وبين الارتفاق على أساس أن الالتزام العينى وان كان يرتبط بعقار مخدوم مثله مثل حق الارتفاق الا أنه يختلف عنه فى عدم ارتباطه بالضرورة بعقار خادم [1] • ويرتب هذا البعض على ذلك عدم خضـوع الالتزام العينى للقاعدة المعروفة فى حقوق الارتفاق والتى تقضى بأن الارتفـاق لا يمكن أن يلزم صاحب العقار المرتفق به بعمل ايجابى •

ولكن البعض الآخر يرى فى الالتزام العينى وسيلة فنية لحل التنازع بين الحقوق العينية المختلفة ولو كانت هذه الحقوق واردة على عقارين متجاورين ، وذلك بتمكين أصحاب هذه الحقوق من استعمال حقوقهم [2] لذلك فحقوق الارتفـاق لا تعدو أن تكون نوعا من الالتزام العينى يقع على عاتق مالك عقار معين ، يقابله حق عينى لصالح صاحب عقار آخر [3] على هذا النحو يكون من المفهوم أن يتضمن الارتفاق التزام صاحب العقار المرتفق به فى بعض الأحوال بالقيام ببعض الأعمال الايجابية بصفة تبعية ، طالمـا كان الارتفاق مجرد التزام عينى ، وطالمـا كان من الممكن أن يكون الالتزام العينى ايجابيا •

**تحديد مضمون الارتفاق :**

٥٥ ــ ويتحدد مضمون الارتفاق عن طريق السند المنشىء له ، كالاتفاق أو الحيازة أو تخصيص المـالك • على أن ممارسة الارتفاق تشمل ممارسة كل ما يلزم لاستعماله من حقوق • فحق أخذ المياه من بئر الجار مثـلا يشمل المرور فى أرض صاحبة حتى مصدر هذه البئر [4] •

ولصاحب الارتفاق عمل كل ما يلزم فى العقار الخادم لاستعمال حقه ،

---

(١) De Juglart, Obligations réelles et servitudes en droit privé français, Bourdaux, 1937, p. 353.

(٢) Aberkane, op. cit., No. 21 et ss.

(٣) idem, No. 92 et ss.

(٤) Marty et Raynaud, No. 159.

كعمل طريق بالنسبة للمرور ، وكعمل مجرى بالنسبة للشرب • وقد نصت المـادة ١٠٢٠ على ذلك بقولها « لمـالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق » • وطبيعى أن تكون هذه الأعمال على نفقة صاحب حق الارتفاق اعمالا لمبدأ عدم التزام صاحب العقار الخادم بأى التزام ايجابى • وقد نصت المـادة ١٠٢٢ على ذلك بقولهـــا :

« ١ ــ نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك •

٢ ــ فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمـالك العقار المرتفق •

٣ ــ واذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمـالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » •

ومتى قام الارتفاق ، وتحددت طريقةاستعماله ، لا يمكن تعديله لمصلحة أى من العقارين الا بالاتفاق • فلا يمكن التغيير فى الارتفاق لصالح العقار الخادم تغييرا يقلل من منفعته • غير أنه يجوز نقل الارتفاق من مكان لآخر اذا أصبح وجوده فى المكان الأول مرهقا لمـالك العقار الخادم وكان نقله الى المكان الجديد لا يترتب عليه نقص منفعته • وقد نصت المـادة ١٠٢٣ على ذلك بقولهـــا :

« ١ ــ لا يجــوز لمالك العقــار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدى الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة • ولا يجــوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر •

٢ ــ ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبل الأجنبى ذلك • كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا فى وضعه السابق » •

كذلك لا يمكن تغيير الارتفاق تغييرا يزيد من منفعته اذا كان ذلك يضر بمصلحة صاحب العقار الخادم • فاذا كان السند المنشىء للارتفاق سندا عاما لا يعين غرضا معينا لاستعمال الارتفاق أو طريقا معينا لممارسته ، فيكون لصاحب العقار المخدوم بالطبع أن يمارس حقه كيفما شاء وفى الغرض الذى يحدده ، كما لو غير فى الاستعمال المخصص له عقاره الذى له ارتفاق المطل من منزل للسكنى الى محل تجارى ، أو وسع البناء الذى يتمتع بارتفاق بالمرور بما يزيد من عدد المارين •

أما اذا كان السند المنشىء للارتفاق قد حدد طريقة الاستعمال والغرض منه فيجب على صاحب العقار المخدوم أن يلتزم هذا التحديد ، ولا يجوز له أن يخرج عنه الا اذا لم يكن فى هذا الخروج ما يزيد من عبء الارتفاق على صاحب العقار الخادم • وقد نصت المادة ١٠٢٠ على ذلك بقولها ان الا لمالك العقار المرتفق « ١ ــ ••• أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى لا ينشأ عنه الا أقل ضرر ممكن ــ ٢ ــ ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق » • ومع ذلك فالقضاء ، عن طريق تفسيره لارادة الطرفين ، يحرص على التوفيق بين طريقة استعمال الارتفاق والظروف

الجديدة • فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بتوسعة الممر عن القــدر المحدد له فى السند ، حتى يتلائم مع الظروف الجديدة التى تقتضى مرور السيارات الى العقار المرتفق به [1] •

على أنه يبدو أن صاحب العقار المرتفق به ليس له أن يغير من محل الارتفاق فينقله من مكانه الى مكان آخر ولو لم يكن فى ذلك ضرر للعقار المرتفق ، اذ أن ذلك يعتبر تعديلا للارتفاق ذاته وليس للاستعمال المخصص له ، فلا يمكن السماح به فى غيبة نص مماثل لنص المــادة ١٠٢٣/٢ التى تسمح بنقل الارتفاق الى مكان آخر اذا أصبح المكان المعين له أصــلا يزيد من عبء الارتفاق على العقار المرتفق به أو أصبح مانعا من احداث تحسينــات فيهــا [2] •

فاذا قام صاحب العقار المرتفق به بمنع مالك العقار المرتفق من ممارسة حقه ، كما تحدد على النحو السابق ، أو تعدى مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق المخول له ، كان الجزاء هو التنفيذ العينى ، بالزام المخالف باعادة الحال الى ما كانت عليه ، مع التعويض عن كل ما يكون قد أصــاب الطرف الآخــر من ضرر •

**نشاة الارتفاق وزواله :**

٥٦ ــ والارتفاق ، كما سوف نرى ، ينشأ بعمل قانونى ، كالعقد أو الوصية • وكذلك تنشأ الارتفاقات الظاهرة ــ وهى التى توجد علامة خارجية تدل عليها ــ بالتقادم ، أو بتخصيص المالك الأصلى « اذا ما تبين بأى طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن

---

(1) Req. 3/8/1937. Gaz. Pal., 1937, 2, 741.

(2) Marty et Raynaud, op. cit., No. 160.

العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففى هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » .

وينتهى حق الارتفاق اذا ما فقد شرط من الشروط اللازمة لقيامه ، كأن هلك أحد العقارين أو اتحد مالكهما . كذلك ينتهى بانقضاء المدة المحددة له وبعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة كقاعدة عامة [1] .

---

(1) راجع المادتين ١٠٢٦ ، ١٠٢٧ من التقنين المدنى .

# الفصل الثاني

## نطاق الملكية

٥٧ ــ اذا كان حق الملكية كما رأينا حقا ذاتيا يتضمن منفعة الشيء ورقبته كلها أو بعضها ، فان لهذا الحق وظيفته التي يقوم بها في خدمة المجتمع • وقد وقفت المذاهب الفردية والتقنينات التي اتخذتها فلسفة لها ، كالتقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ والتقنين المدني المصري القديم في سنة ١٨٨٣ ، عند ذاتية حق الملكية مغفلة كثيرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التي لهذا الحق ، حتى بدأت المذاهب الاشتراكية في الانتشار فأبرزت جوانبها المختلفة [1]

وقد عبرت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني الحالي عن الوظيفة الاجتماعية للملكية ومظاهرها المختلفة بقولها ان هذا الحق ليس مطلقا لا حد له ، « بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون ما دام يفعل ، أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته • ويترتب على ذلك نتيجتان :

حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة فان المصلحة العامة هي التي تقدم ...

---

(١) السنهوري ، بند ٣٣٨ •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٤ •

وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا ... » .

واذا كان النص على الوظيفة الاجتماعية للملكية قد حذف من نص المادة ٨٠٢ ، فلم يكن ذلك — كما رأينا — عدولا عما قرره المشروع التمهيدى فى هذا الشأن وانما لأن فى التطبيقات التى أوردها المشرع فى صلب القانون المدنى والقوانين الخاصة ما يغنى عن النص عليها صراحة .

بيان نطاق الملكية والحدود التى تمارس فيها سلطاتها يقتضى اذن بيان الحد الذى ينتهى عنده استعمال المالك لهذه السلطات لمصلحته الشخصية وتبدأ منه حقوق الغير من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى .

المبحث الأول : نطاق الملكية وحقوق الغير .

المبحث الثانى : نطاق الملكية وحقوق المجتمع .

# المبحث الأول

## نطاق الملكية وحقوق الغير

٥٨ — يقتضى الوضع الناشىء عن تجاور العقارات تطويع سلطات ملاكها بما يضمن حسن استخدامها جميعا .

وقبل أن نعرض لهذه التطبيقات لابد أن نشير الى علاقة الملكية العامة بالملكيات الخاصة فى هذا الشأن . فهل يتحدد نطاق الملكيات الخاصة تجاه الملكية العامة بنفس هذه الحدود ؟ وهل يتحدد بها بالعكس نطاق الملكية العامة تجاه الملكيات الخاصة ؟

لم يثر شك فى خضوع الأشياء الخاصة (Domaine privé) المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص المعنوية العامة ، فيما يتعلق بنطاق حق الملكية الوارد عليها ، لنفس الحدود التى يتعين بها نطاق ملكيات

الأفراد الخاصة سلبا وايجابا ، ولكن ثار الشك بالنسبة للأشياء العامة (Domaine public) • فقد ذهب البعض [1] الى أن علاقة الأشياء العقارية العامة بالأشياء العقارية الخاصة ( سواء كانت مملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص العامة أو كانت مملوكة للأفراد ) يحكما مبدأ استقلال الأشياء العامة عن الأشياء الخاصة • ومؤدى ذلك أن التحديد الذى يضعه القانون المدنى لسلطات الملكية لمصلحة الملكيات المجاورة لا يفيد الملكية العامة ولا يثقلها ، ما لم يوجد نص صريح يقضى بغير ذلك • فمثل هذا التحديد يتعارض مع تخصيص الشىء للمنفعة العامة اذا ما ورد عليه ، ويأخذ طابعا آخر مختلفا عن طابع القانون المدنى اذا ما كان لمصلحته • ولكن الواقع أن هذه النظرة تنبع من نظرة هذا الجانب من الفقه الى حق الدولة والأشخاص المعنوية على الأشياء العامة • فهذا الفقه لا يقر تكييف حق الدولة والأشخاص المعنوية العامة على الأشياء العامة بأنه حق ملكيته ، ويرى أنه مجرد حق فى الاشراف والحفظ والصيانة ، ومن ثم كان طبيعيا أن يخلى هذا الفقه بين هذه الأشياء وبين أحكام القانون المدنى المنظمة لنطاق الملكية [2] •

على أن الفقه أصبح يسلم الآن بملكية الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة للأشياء العامة • ولذلك كان طبيعيا أن يسلم بسريان التحديد الذى يضعه القانون المدنى لنطاق الملكية فى حدود الغرض المخصصة له هذه الأشياء • فيمكن للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية

---

(١) جيز فى مقال له بمجلة القانون العلم سنة ١٩١ بعنوان

Indépendance du domaine public et des immeubles riverains

فى مؤلفه فى القانون الادارى ، الطبعة الحادية عشرة ، ص ٦٩٩ وما بعدها ( مشار اليهما فى زهير جرانه ، المرجع السابق ص ٢٢٢ و ٢٢٢٤ على التوالى )، عبدالمنعم رياض ، مجلةالقانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، ص ٥٢٧ وما بعدها ، كامل مرسى ، الاموال الخاصة والاموال العامة ص ٨٣٨ ..

(٢) محمد زهير جرانه ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ •

العامة أن تحتج بنص المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الذى يلزم الجار بألا يعلو فى استعمال ملكه عن الحد المألوف والا كان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه لجاره ، ويمكن لها أن تستفيد من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور المنصوص عليها فى المواد ٨٠٨ وما بعدها من هذه القانون اذا كانت تملك عقارا مخصصا للمنفعة العامة وتوافرت فيه شروط الاستفادة من هــــذه النصوص . كذلك يمكن لصاحب الملك الخاص ، سواء كان فردا أو كان شخصا من أشخاص القانون العام أو كان مشروعا عاما ، أن يستفيد من هذا التنظيم لنطاق الملكية اذا كان مجاورا لشىء من الأشياء العامة وحدث له ضرر غير مألوف من هذا الجوار أو توافرت فيه شروط الاستفادة من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور . على أنه يلاحظ فى الحــالة الأخيرة أن استفادة الملكيات الخاصة مقيدة بالغرض المخصص له الشىء العام . فاذا كان تخصيص الشىء العام ، أو أصبح ، يتعارض مع ثبوت حق من الحقوق المذكورة للأشياء الخاصة المجاورة ، فيجب القول بعدم ثبوت هذا الحق له أو بزواله عنه [1] .

وتتلخص تطبيقات هذا الوضع ــ على حد تعبير المذكرة الايضاحيــة لمشروع القانون المدنى الحالى [2] ــ فى أمرين :

« ١ ــ يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر بالغير ضررا غير مشروع ، والذى يطلب هنا هو عمل سلبى ، وتطبيقا لذلك يجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجــار ، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المــألوفة ...

٢ ــ يجوز للغير أن يتدخل فى انتفاع المــالك بملكه لمصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا ننتقل من الدائرة الســلبية

---

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ وما بعدها ، والمراجع المذكورة فيه

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٢٤ .

... الى الدائرة الايجابية ، وهى قيام الغير بأعمال معينة متعارضة مع حق المـالك ... وتطبيقـا لذلك يجيز المشروع للملاك المجـاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه .... »

المطلب الأول : مسئولية المالك عن الأضرار التى تترتب للغير بسبب استعماله لملكه .

المطلب الثانى : حقوق الارتفاق القانونية .

# المطلب الأول

## مسئولية المالك عن الاضرار التى تترتب للغير بسبب استعماله لملكه

٥٩ ــ يخضع المـالك للقواعد العامة فى المسئولية . هذه المسئولية قد يشترط الخطأ فى جانب المسئول لقيامها ، وقد تقوم دون حاجة الى خطأ اذا توافرت ظروف أخرى معينة .

فلا شك أن المـالك يسأل اذا تجاوز مضمون حقه [١] بأن ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر للغير . فاذا ترتب على عدم اتخاذ صاحب مصـنع الاحتياطات اللازمة أن سالت المياه المتخلفة عن المصنع فى أرض الجـار كان مسئولا عن تعويض هذا الجار عما يصيبه من ضرر من جراء ذلك ؛ واذا استخدم مالك فى حى قديم مبانيه متداعية طريقة حديثة فى البنـاء من شأنها أن تحدث هزات شديدة يترتب عليها زعزعة المبانى المجاورة كان مسئولا عما يحدث لأصحابها من الضرر [٢] .

---

(١) أنظر فى مجاوزة المالك لحدود حقه : محمد مهدى الجام ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ وما بعـدها .

(٢) استئناف مختلط ١٩٢٩/١٠/٣١ ، Bultan ، ٤٢ ، ص ٩ ، وتعليق الدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد س ١ ، ص ١١٩ وما بعدها .

على أن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن انحسار النزعة الفردية التى كانت تقرن الملكية ــ والحقوق بصفة عامة ــ بالحرية باعتبارها أساس قيام الفرد واستقلاله ، والنظر الى الملكية فى ضوء ما تقدمه من نفع اجتماعى ، قد مكن من تصور قيام الخطأ فى جانب المالك ــ وصاحب الحق بصفة عامة ــ فى مباشرته لحقه ولو لم يخرج عن مضمون هذا الحق . على هذا النحو ظهرت نظرية التعسف فى استعمال الحق التى وضع المشرع أحكامها فى المادة الخامسة من القانون المدنى الجديد والتى تظهر أهم تطبيقاتها فى مجال حق الملكية [1] . وتطبيقا لهذه النظرية يعتبر المالك مسئولا فى الأحوال الآتية :

١ ــ اذا لم يقصد باستعماله لملكه سوى الاضرار بالغير ( م ٥/١ ) مثال ذلك أن يقيم المالك حائطا عاليا على حافة ملكه لمجرد حجب النور والهواء عن جاره ، رغم ما قد يعود عليه من منفعة عارضة غير مقصودة لذاتها من وراء اقامة هذا الحائط . وواضح أن تمحض استعمال الملك للاضرار بالغير يعتبر خطأ فى جانب المالك . واذا كان اثبات هذا التمحض أمرا عسيرا فى العمل ، الا أنه يمكن الاستدلال عليه فى كثير من الحالات من انعدام مصلحة المالك فى استعماله لملكه [2] .

٢ ــ اذا كان يقصد باستعماله لملكه مصلحة معينة ولكن كانت هذه المصلحة غير مشروعة ( م ٥/٣ ) . مثال ذلك أن يحيط المالك أرضه بأعمدة عالية تعلوها أسلاك شائكة تعرقل هبوط الطائرات فى أرض مجاورة

---

(١) فى نظرية التعسف فى استعمال الحق أنظر بصفة خاصة رسالة الدكتور حسن كيرة فى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، باريس ١٩٥٢ ، حسن كيره اصول القانون ، الطبعة الثانية ، بند ٣٩٨ وما بعده ، والحقوق العينية لنفس المؤلف ، بند ٩٥ وما بعده ، السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، بند ٥٥ وما بعده ، أنور سلطان ، نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، القانون الاقتصاد ، س ١٧ ، ص ٧١ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى أنظر حسن كيرة ، الحقوق العينية ، بند ٩٥ والاحكام المشار اليها فى هـ ٣ ص ٣١٣ وما بعدها .

بقصد ارغام الشركة صاحبة هذه الطائرات على شراء أرضـــه منه بثمن مرتفع • وواضح أن توافر مثل هذا القصد فى استعمال المــالك لملكه يتوافر معه الخطأ فى جانب المالك •

٣ ــ اذا كانت المصلحة التى يرمى الى تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذى أصاب الجار بسببها ( م ٥/٢ ) • والمقصود بذلك الحالة التى تكون فيها مباشرة حق الملكية بقصد تحقيق مصلحة مشروعة للمالك ولكن هذه المصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الجار بسببها من ضرر فادح • وواضح أن مثل هذا المــالك مالك مستهتر لا يبالى بما يصيب جاره من ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة لنفسه ، ومن ثم يتوافر الخطأ فى جانبه• وقد أورد المشرع عدة تطبيقات لهذه الصورة • من ذلك مثلا ، فيما يتعلق بسلطة التصرف ، ما تنص عليه المــادة ٩٢٨ من التقنين المدنى من أنه « اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نيــة على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » ، وما تنص عليــه المادة ٢/٨١٨ من أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط [1] » •

---

(١) هذا النص يضع قيدا على مالك الحائط الفاصل بين بنائين فيمنع صاحبه من هدمه اذا توافرت ظروف معينة . والمقصود بذلك الحائط الفاصل الذى يكون مملوكا ملكية خالصة لاحد الجارين لا الحائط المشترك بينهما . هذه الظروف التى يجب توافرها لقيام القيد الخاص بعدم الهدم ترجع الى شروط ثلاث . فيجب أولا أن يكون ملك الجار مستندا بالحائط وهو ما لا يتحقق الا اذا كان ملك الجار مسورا من جهات ثلاث وكان الحائط هو حده الرابع . ويجب ثانيا أن يترتب على الهدم الاضرار بهذا الجار . فاذا كان ملك الجار المسور مجرد أرض فضاء غــير مبنية فيكون لمالك الحائط هدمه لعدم اضراره فى مثل هذه الصورة بالجار . ويجب اخيرا الا يوجد عذر قوى يبرر الهدم ، والمقصود بالعذر القوى المصلحة التى تتناسب مع ما يصيب الجار من ضرر بسبب الهــدم .

وهذا الشرط الاخير يفصح عن طبيعة هذا القيد باعتبـــــاره مجرد تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليها فى المــادة الخامسة من القانون المدنى . فقد نصت الفقرة ب من هذه المادة على أن استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

على هذا النحو تتضح الحدود الذى يباشر فيها المـالك حقه بصفة عامة • فالمـالك لا يستطيع أن يباشر حقه الا لتحقيق مصلحة له مشروعة لا للاضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة آو لتحقيق مصـلحة تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر •

٦٠ ــ واذا كان المـالك فى مباشرته لحقه يخضع للقواعد العامة فى المسئولية القائمة على الخطأ ، فان التطور الاقتصادى الحديث قد استلزم التسليم بمسئولينه دون حاجة الى قيام الخطأ فى جانبه أو على الأقل دون حاجة الى اثبات هذا الخطأ اذا توافرت ظروف معينة [1] •

وقد ترجع مثل هذه الظروف الى الاستثمار المعد له الشىء وليس الى الشىء ذاته ، كما هو الحال فيما يتعلق بالمادة ٨٠٧ الخاصة بمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة •

فقد لوحظ آن القواعد العامة لا تكفى لحماية الجار • فكثيرا ما يضار الجار من مباشرة جاره لملكه دون أن يكون من المستطاع نسبة خطأ الى هذا الأخير لكونه يرمى من هذه المباشرة الى تحقيق مصـلحة مشروعة وجدية واتخاذه كافة الاحتياطات الممكنة لتجنيب جاره ما ينتج عن مباشرته لحقه من ضرر • من ذلك مثلا أن يقيم المالك مصنعا فى أرضه ، مع اتخاذ كافة التدابير التى تفرضها القوانين واللوائح ؛ فيترتب على تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة أو الضوضاء منه الاضرار بالملكيات المجاورة ، ومن

---

وواضح أن نص المـادة ٢/٨١٨ يقتصر على منع المـالك من الهدم دون أن يتجاوز ذلك الى تخويل الجار الذى يستند ملكه بالحائط الحق فى الاستفادة منه فى غير الاستتار به ، كوضع حوائط خشبية فيه أو ماالىذلك . على أن ذلك لا يمنع هذا الجار اذا قام بشىء من ذلك ان يكتسب حق ارتفاق أو حتى الملكية المشتركة للحائط ، اذا قام بهذه الاعمال بصفته صاحب ارتفاق أو شريكا فى ملكية الحائط ، واستمر ذلك المدة اللازمة للتقادم المكسب .

(١) كما هو الحال فيما يتعلق بالمادة ١٧٦ الخاصة بمسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر ، أو المادة الخاصة بمسئولية حارس البناء عن الضرر الذى يحدثه انهدام البناء ، أو المادة ١٧٨ الخاصة بمسئولية حارس الالات الميكانيكية أوالاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر للغير . وقد سبق دراسة كل هذه الاحكام فىالسنةالثانية.

ذلك أيضا أن يستثمر المالك أرضه فى انشاء مسرح أو سينما أو مدرسة أو مستشفى وما تحدثه الضوضاء الناتجة عن رواد هذه الأماكن من أضرار بالملكيات المجاورة . والجوهرى فى كل هذه الأضرار انها لصيقة بنــوع الاستثمار ذاته الذى اختاره المالك لملكه بحيث لا يمكن تجنبها مهما اتخذ من تدابير [1] .

وليس من المعقول بالطبع أن نمنع المالك من كل استثمار يترتب عليه ضرر بالغير لا يمكن تجنبه ، طالما انه لم يرتكب خطأ يتمثل فى تقصيره فى اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر عن الغير أو فى تعســفه فى اســتعمال حقه [2] ، وليس من المعقول كذلك أن نحمل الجيران كل هذه الأضرار. فالعدالة تقتضى التفرقة فى هذا الشأن بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف من الأضرار بالنسبة للملكيات المجاورة وتحميل المالك مسئولية الأضرار غير المألوفة وحدها ، وهو ما انتهى اليه القضاء الفرنسى ومن بعده القضاء المصرى خروجا على القواعد العامة فى المسئولية . وقد عنى المشرع المصرى بايجاد السند القانونى لهذا القضاء بنصه فى المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ ــ على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ــ ٢ ــ وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجــوار المألوفة التى يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحــول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هــذا الحق » . ويتضح من ذلك أن المشرع يضع حدا لاختيار المالك أوجه الاســتثمار المختلفة لملكه هو عدم الغلو الى حد يضر بالجار ضررا غير مألوف ، فاذا

(١) اسماعيل غانم ، بند ٦١ .

(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ، بند ٦١ و هـ ١ ص ١٣١ . عكس ذلك حسن كيرة (رسالته ص ٢٠١ومابعدها وص ٢٧٢ وما بعدها ، الحقوق العينية الاصلية بند ٩٨ ) حيث يرد مضار الجوار الى الى نظرية التعسف فى استعمال الحق .

تجاوز هذا الحد كان مسئولا عن ذلك قبل الجار المضرور وان لم يكن هناك خطأ فى جانبه بالمعنى الدقيق للكلمة • فنعرض لشروط المسئولية عن مضار الحوار ثم لجزاء هذه المسئولية •

## ١ ــ شروط قيام المسئولية عن مضار الجوار

٦١ ــ قيدت المادة ٨٠٧ فى فقرتها الأولى المالك بعــدم الغــلو فى استعمال ملكه ، ثم بينت المقصود بالغلو فى فقرتها الثانية بقولهــا « ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف » • فمعيار الغلو فى استعمال الملك ، الذى يرتب المسئولية طبقا للمادة ٨٠٧ ، هــو الضرر غير المألوف • أما الضرر المألوف فلا يعتبر غلوا فى استعمال الملك ولا يرتب مسئولية ، الا اذا توافرت الشروط العامة للمسئولية [1] • والمقصود بالضرر غير المألوف هو الضرر الفاحش الذى لا يمكن تحمله بين الجيران •

وواضح أن معيار الضرر غير المألوف معيار مرن يطبقه القاضى فى كل حالة على حدة وفقا لظروفها ، ويستجيب الى ما قد يستجد فى المستقبل من أضرار نتيجة للتقدم الصناعى • فالضرر الناتج عن مصنع مثلا يعتبر مألوفا اذا كان المصنع قد أقيم فى حى صناعى ويكون غير مألوف اذا كان المصنع قد أقيم فى حى سكنى هادىء • والضرر الذى يكون مألوفا فى زمن معين قد لا يكون كذلك فى زمن آخر وهكذا •

---

(١) الواقع أنه يجب حذف الفقرة الاولى من المادة ٨٠٧ . فغضلا عن أنها تعتبر تزيدا لا فائدة منه مع وجود الفقرة الثانية ، فانها تؤدى الى اللبس عند البحث فى شروط المسئولية عن مضار الجوار ، بماقد توحى به من ضرورة وجود الخطأ كشرط لقيامها واتخاذه أساسا ، بينمــا الواقع ــ كما يظهر من الفقرة الثانية ــ أنه ليس هناك مجال للبحث فى سلوك المــالك المسئول عند بحث توافر المسئولية وأساسها وانما البحث يكون فى الضرر الذى أصاب الجار ومدى مألوفيته . قارب منصور مصطفى منصور هـ ٢ ص ٥٥ ، وقارب أيضا المادة المقابلة من مشروع التقنين المدنى الجــديد .

وقد حددت المـادة ٨٠٨ الظروف التى يجب الاعتداد بها فى تقـدير ما اذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف بقولهـا « على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الاخر والغرض الذى خصصت له » .

ومن تطبيقـات القضـاء المصرى فى هـذا الشأن ما قضت به محكمة استئناف مصر [1] من أنه اذا أنشأت الحكومة محطة من محطـات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت ادارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم من ضرر ، وما قضت به محكمة القاهرة المختلطة [2] من أن شركة الفنادق التى تقيم جهازا لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه تكون مسئولة عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز ، وما قضت به محكمة الزقازيق [3] من أنه ليس للجار حق مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعتـه من ضرر بسبب ظل أشجاره طالما كان هذا الجار لم يتعمد زراعتها للأضرار به وطالما كان قد أتبع الأصول الزراعية فى غرسها .

٦٢ ــ ويلاحظ أن الظروف التى يتقيد بها القاضى فى تقدير مألوفيـة الضرر هى الظروف الموضـوعية [4] . فاذا كان الضرر النـاشىء عن استعمال المالك لملكه مألوفا وفقا لهذه الظروف ولكنه يتجاوز الحد المألوف وفقا لظروف شخصية خاصة بالمضرور فلا تقوم مسئولية المالك . وعلى ذلك اذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع ، وكان المضرور

(١) ١٩٤٠/١٠/١٧ ، المحاماة ، ٢١ ، رقم ٣٧٦ ، ص ٨٩١ .

(٢) ١٩١٤/٥/٥ — Gazette, 4, 206, 492

(٣) ١٩٣٣/١٠/٢٢ ، المحاماة ، ١٤ ، رقم ١١٢ ، ص ٢٢٤ .

(٤) فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، بند ٨٨ ، محمد على عرفه ، بند ١٩٣ ، حسن كيرة بند ٩٩ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، أنور سلطان ، البحث السابق ص ١٢٣ ، ١٢٤ ، منصور مصطفى منصور بنـد ٢٣ .

شخصا مريضا أو ضعيف الأعصاب يلحقه ضرر جسيم من جراء ذلك ، فلا مسئولية على المالك اذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عليها الا ضرر مألوف بالنسبة للشخص العادى [1] .

ويذهب البعض الى أن المقصود بالظروف الخاصة بالجار المتضرر ، والتى لا تدخل فى الاعتبار عند تقدير مألوفية الضرر : هو الظروف الشخصية المتعلقة بهذا الجار دون الغرض المخصص له عقاره ، ما دام هذا التخصيص عاديا ومعقولا [2] . فاذا كان هذا العقار مثلا مخصصا ليكون مستشفى ، فان الضرر الناتج عن الضوضاء التى يحدثها مصنع مجاور يمكن أن يعد ضررا غير مألوف بالنسبة لصاحب المستشفى ولو لم يكن كذلك بالنسبة لجار آخر يستعمل عقاره فى غرض آخر . فتخصيص عقار الجار لمثل هذا الاستعمال الخاص يعتبر من الظروف الموضوعية ولا يعد من الظروف الشخصية . ويستند هذا الفقه الى ما نصت عليه المادة ٨٠٧ من أنه يراعى فى تقدير مدى مألوفية الضرر « العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض المخصصة له » . ولكن البعض الاخر يرى أنه لا يجب النظر الى الظروف الخاصة بالجار المضرور سواء كانت ظروفا شخصية أو كانت متعلقة بالغرض المخصص له عقاره ، اذ ليس من المقبول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك فى استعمال ملكه بتغيير الظروف الخاصة بكل جار على حده . ولا يجد هذا الرأى فى الاعتبارات التى نصت المادة ٨٠٧ على وجوب مراعاتها فى تقدير مألوفية الضرر ما يؤيد الرأى المخالف ، اذ أن هذه المادة تتكلم عن الغرض المخصصة له العقارات فى مجموعها ولم تخص بالذكر الغرض المخصص له عقار الجار

---

(١) وينبه البعض ( اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٤ ) الى أنه اذا قامت المسئولية وفقا للظروف الموضوعية البحتة فيمكن بعد ذلك ادخال ظروف المتضرر فى تقدير التعويض المستحق له .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية بند ٦٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٣ ، السنهورى بند ٤٢٩ .

المتضرر [1] • ونحن نميل الى ترجيح الرأى الذى يعتد بالغرض المخصص له العقار طالما كان هذا الغرض مألوفا بالنسبة لظروف المكان الذى يوجد فيه هذا العقار • فلا مانع مثلا من أخذ تخصيص عقار الجار كمستشفى فى الاعتبار طالما كان فى حى سكنى هادىء •

كذلك أثير التساؤل عما اذا كان من الممكن النظر فى تقدير مألوفية مضار الجوار الى أسبقية التملك أو الاستثمار • فقد ذهب البعض الى أنه اذا كان الاستثمار الضار موجودا قبل أن يصبح المتضرر جارا له أو قبل أن يحدد طريقة استثمار أرضه على النحو الذى يصبح به الاستثمار المجاور ضارا ، فيعتبر الضرر الناتج عن هذه الاستثمار مألوفا بالنسبة له بحيث لا يكون له المطالبة بالتعويض عنه • فاذا تملك شخص قطعة أرض بجوار مصنع مثلا أو أقام على أرض مملوكة له بجوار هذا المصنع منزلا سكنيا ، فانه لا يستطيع مساءلة صاحب المصنع عما يحدث له من ضرر ناتج عن استثماره لمصنعه • وقد أخذت بعض المحاكم فى مصر بذلك ، فقضت محكمة الاستئناف الأهلية [2] بأنه « اذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان متصاعد من مداخنها أو لقلق تحدثه آلاتها ، لأنه جار طارىء عليها ولأنه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب • وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شىء من ذلك » •

ولكن مثل هذا الرأى يجعل للبادىء فى الامتلاك أو الاستثمار حقا فى فرض ارادته على الجيران الطارئين ، باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستثمار يتلاءم مع استثماره ، واما على تحمل الأضرار غير

---

(1) اسماعيل غانم بند ٦٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٤ •

(2) ١٩٢٧/١٢/١٠ ، المحاماة ٨ رقم ٣٢٦ ص ٤٩٨ • وانظر أيضا أنور سلطان ، البحث السابق والمراجع المشار اليها فيه •

المألوفة الناشئة عن استثمار المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى [1] و وهى نتيجة لا يمكن التسليم بها . كل ما فى الأمر أنه طالما أن العبرة فى تقدير مألوفية الضرر بالظروف الموضوعية المختلفة السابقة والتى يترتب عليها تحديد طبيعة الحى ذاته ، فانه يترتب على ذلك أنه اذا أقدم عـدة ملاك على بناء المصانع فى حى معين مثلا بحيث أصبح هذا الحى مع الزمن من الأحياء الصناعية ، فانه لا يجوز لمن يبنى لنفسه منزلا فى هذا الحى ــ بعد أن تحددت طبيعته ــ أن يسأل أصحاب هذه المصانع [2] . أما من يكون له منزل فى هذا الحى قبل أن تتحدد طبيعته الصناعية فيجـوز له مسائلة صاحب المصنع الذى يقام فيه ، ولكن اذا سكت عن ذلك حتى أصبح الحى صناعيا امتنعت عليه هذه المسائلة .

٦٣ ــ ومن الواضح أن هذه المسئولية تختلف عن المسئولية طبقـا للقواعد العامة . فالمسئولية طبقا للقواعد العامة يشترط توافر الخطأ فى جانب المسئول لقيامها ، ومتى توافر هذا الخطأ قامت المسئولية عن كل ضرر ينشأ عن هذا الخطأ مهما كان يسيرا . أما المسئولية الناشئة عن مضار الجوار فلا يشترط توافر الخطأ لقيامها وانما يكفى لذلك وجود الضرر ، ولكنها لا تقوم بالنسبة لأى ضرر وانما بالنسبة للضرر غير المألوف دون الضرر المألوف [3] .

واذا كانت مسئولية المالك عن استعمال ملكه تختلف على هذا النحو عن القواعد العامة فى المسئولية ، فمرجع ذلك أن هذه المسئولية تقوم على

---

(٣) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٦٩ .

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم بند ، ٦ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٥ .

(٢) قريب من هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦١ وهـ ١ ص ١٣١ . وانظر فى رد مضـار الجدار غير المألوفة الى تحمل التبعة أو الخطأ الناشىء عن الخروج عن الحدود القانونية لحق الملكية : السنهورى جـ ٨ ، بند ٤٣٧ والمراجع المشار اليها . وانظر فى رد هذا المضار الى فكرة الاثراء بلا سبب : كربونييه ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ وما بعدها .

التضامن الاجتماعى الذى يعتبر أساس حل التنازع بين الملاك المتجاورين فى استعمال كل منهم لملكه [1] • فالقانون بتقريره لهذه المسئولية انما يرسم لكل مالك النطاق الذى يجب الا يتعداه فى استعماله لملكه والذى يبدأ منه نطاق حق جاره فى استعماله لملكه [2] •

## ٢ — جزاء المسئولية عن مضار الجوار

٦٤ — التزام المالك بعدم الغلو فى استعمال حقه الى حد يرتب ضررا غير مألوف للجار ، التزم بامتناع عن عمل ، اذا أخل به كان للجار أن يطلب ازالة الضرر •

وازالة الضرر تصدق على منع هذا الضرر فى المستقبل عن طريق التنفيذ العينى ، كما تصدق على تعويض الجار المضرور عما لحقه فعلا من ضرر ، على نحو ما تنص عليه المادة ٢/٨٠٧ صراحة •

والتنفيذ العينى يتدرج « من الأمر بتعديل طريقة الاستغلال الى الأمر بتحديده نسبيا من حيث الزمان أو المكان ، الى الحكم بوقف جزء منه ، الى الحكم بازالته كليا وغلق المحل أو المصنع » [3] وفقا للظروف • فقد يكفى لازالة الضرر اجراء تعديل فى مصدره كتعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى أو نقل بعض الالات من مكانها أو وضع عوازل للصوت • وقد يكفى لازالة الضرر امتناع المالك عن العمل خلال الاوقات التى تتحقق فيها الأضرار للجيران ، كأوقات النوم • وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر نهائيا ، كغلق المحل أو المصنع • على أنه يندر فى الواقع أن يحكم القاضى بالازالة الكلية ، اذ أن تطبيق مبدا عدم

---

(٣) عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٣ •

(٤) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق العينى ، ١٩٥١ ، بند ٦٨ •

(١) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٠٠ •

التعسف فى استعمال الحق على الحق فى طلب الازالة يمنع من اجابة المضرور الى طلب الازالة اذا كان الضرر الذى يصيب المالك من جراء اجابته الى طلبه لا يتناسب البتة مع ما يصيب المتضرر من ضرر [1] •
والغالب فى هذه الحالة أن يحكم القاضى بالتعويض اذا لم يكن من الممكن تعديل الاستثمار بما يجنب الجار المضار دون ضرر فادح بصاحبه •

٦٥ — ويلاحظ أن الاستثمار الذى تسبب فى الضرر قد يكون مرخصا به من جهة الادارة ، كما هو الحال فى شأن المحلات الخطرة أو المضرة بالصحة والمقلقة للراحة التى يستوجب القانون الحصول على ترخيص ادارى بتشغيلها ، فهل يمنع مثل هذا الترخيص من مسائلة صاحب الاستثمار ؟ الواقع أن هذا الترخيص قصد به التأكد من توافر الاشتراطات التى نص عليها القانون ضمانا للمصلحة العامة ولكنه لا يرفع المسئولية عما يمكن أن ينتج من ضرر للجيران عن هذا الاستثمار [2] • لذلك فقد عنيت المادة ٨٠٧ بالنص على أن الترخيص الادارى لا يحول دون مسئولية المالك اذا ما توافرت شروط هذه المسئولية من قيام ضرر غير مألوف •

على أنه اذا كان من المسلم به أن الترخيص الادارى بالاستثمار لا يعفى المالك من المسئولية ، فقد ذهب البعض [3] الى أن الجزاء فى هذه الحالة هو التعويض النقدى بحيث لا يجوز للقاضى أن يحكم بازالة الاستثمار المرخص به • ويرجع ذلك الى أن الحكم الصادر بالازالة يتضمن الغاء للقرار الادارى الصادر بالترخيص وهو ما لا يجوز للمحاكم القضائية الحكم به •

(١) المرجع السابق ، فى الموضع السابق •
(٢) فى هذا المعنى : حسن كيره ، بند ١٠٠ ، اسماعيل غانم بند ٦٣ ، عبد المنعم فرج الصده بند ٥٦ •
(٣) محمد على عرفة ، ج ١ بند ١٩٦ ،
Colin et Capitan, Droit civil français, par Gulliot de La Morandière, T. I, 1947, No. 1026.

واذا كان لهذا القول ما يبرره فى ظل القانون الفرنسى والمصرى القديم حيث تقوم مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة دون نص قانونى ، فانه يمتنع الأخذ به فى ظل القانون المدنى المصرى الجديد حيث تقوم هذه المسئولية بناء على نص المادة ٨٠٧ التى عنيت بالنص على أن الجار له « يطلب ازالة .... المضار .... ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » . فهذا النص يجرد الترخيص الادارى من كل أثر على مسئولية المالك عن مضار الجوار ، سواء فيما يتعلق بقيامها أو فيما يتعلق بآثارها [1] .

## المطلب الثانى

### حقوق الارتفاق القانونية

٦٦ ــ يعدد التقنين المدنى ، بجانب مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، تحت عنوان « القيود التى ترد على حق الملكية » ، بعض « الأعباء العينية » التى تثقل سلطات المالك العقارى فى سبيل ضمان بعض المصالح الخاصة التى يراها جديرة بالرعاية . فالمادة ٨٠٨ تجيز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج أراضيهم من رى أو صرف ، والمادة ٨٠٩ تعطيهم حق المجرى وحق المسيل ، والمادة ٨١٩ و ٨٢٠ تفرض على المالك ترك مسافات معينة عند البناء اذا أراد فتح مطل أو منور .

وهذه الأعباء العينية ترد على عقار فتحد من منفعته لصالح عقار آخر ، أو ترد على كل من العقارين فتحد من منفعة كل منهما لصالح

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٦٣ والمراجع المشار اليها فى هـ ٢ ص ١٣٦ ، السنهورى بند ٤٤٠ .

العقار الآخر على سبيل التبادل ، فتماثل بذلك حقوق الارتفاق فى مضمونها ، فهل تعتبر من قبيل حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق ؟ هذا ما يأخذ به التقنين المدنى الفرنسى وما كان يذهب اليه التقنين المدنى المصرى القديم . فهذان التقنينان يعتبران هذه الأعباء من قبيل الارتفاقات ويطلقان عليها الارتفاقات القانونية تميزا لها عن حقوق الارتفاق التى تنشأ بفعل الانسان والتى سبقت دراستها . ومع ذلك فقد أثار تكييفها جدلا كبيرا فى الفقه .

فقد ذهب البعض الى أن هذه الأعباء القانونية لا تعتبر حقوقا بالمعنى الدقيق [1] ذلك أنها تفرض بقوة القانون لصالح وعلى عاتق كل عقار تتوافر فيه الشروط التى جعلها القانون مناطا لقيام « العبء » ، بينما حقوق الارتفاق تعتبر أعباء استثنائية تنشأ بفعل الانسان على عقار معين لصالح عقار معين آخر .

بعبارة أخرى فهذه الأعباء التى يطلق عليها القيود القانونية للملكية تمثل النطاق القانونى العادى للملكية ، بينما حقوق الارتفاق تمثل الخروج على هذا الوضع بانشاء الانسان وضعا استثنائيا خاصا بملكية معينة . فالقانون مثلا حينما يضع قيدا قانونيا يقرر بمقتضاه لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام المرور فى الأرض المجاورة ، فانه يحدد بذلك الوضع العادى لمضمون كل الملكيات المجاورة لأرض محبوسة عن الطريق العام من تحملها بمرور الجار المحبوسة أرضه عن هذا الطريق . أما اذا أنشأ المالك حق ارتفاق بالمرور لصالح أرض مجاورة غير محبوسة عن الطريق العام ، فانه فى هذه الحالة يحمل أرضه بعبء استثنائى ما كان ليترتب بقوة القانون لولا أن قام هو بترتيبه بارادته .

---

(١) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، بند ٦٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٤٤° ، عبدالمنعم فرج الصدة ، بند ٤٧ ، السنهورى بند ٣٩٣ . أنظر أيضا :
Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

والواقع أن تماثل المراكز القانونية أو اختلافهـــا لا يتحدد بتماثل مصدرها واختلافه أو بوفرتها وندرتها فى الواقع العملى وانمـا يتحـدد بمضمونها [1] . لذلك فنحن لا نتردد فى القول بأن الأعباء القانونيـة المفروضة على سلطات المـالك بقوة القانون تعتبر حقوق ارتفـــاق بالمعنى الدقيق طالمـا أنها تماثل فى مضمونها حقوق الارتفاق التى تنشأ بارادة الأفراد ، ذلك المضمون الذى يتمثل فى تحميل عقار بعبء معين لصالح عقار آخر [2] . ولعل هذا ما يفسر كون الفقه المفكر لهذا التكييف مضطر عند عرضه لهذه الأعباء الى الكلام عن حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور .... الخ . أما كون القانون هو مصدر هذه الحقوق وما يستتبعه من كونها أعباء عامة تفرض على جميع العقـارات التى توجد فى وضع معين بقوة القانون ، فينحصر أثره فى تميز هــذه الحقوق ببعض الأحكام التى تختلف فيها عن حقوق الارتفاق الارادية، دون أن يؤثر فى طبيعتها [3] .

١ ــ فاذا كان حق الارتفاق مصدره القانون ، فانه لا يسقط بعــدم الاستعمال مهما طالت مدته ، طالما ظلت الشروط التى جعلها القـانون

---

(١) قارب :
Planiol, Ripert et Picard, 2ème éd. No. 905 ; Marty et Raynaud, No. 144.

(٢) شفيق شحاته ، بند ٣٣٠ . قارب منصور مصطفى منصور ، بند ٤ ، حيث يعتبر ارتفاقات المياه والمرور حقوق ارتفاق حقيقية وينكر هذه الصفة على قيود المسافات « باعتبار أن كل مالك يمتنع عليه أن يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية دون تمييز بين مالك وآخر » ، بعكس الاولى التى قد توجد وقد لا توجد مما لا يمكن معه القول بأنها تمثل الوضع العادى لحق الملكية .

وأنظر عبد المنعم البدراوى ، بند ٧٨ ، حيث يفرق أيضا بين ارتفاقات المياه والمرور فيعتبرها ارتفاقات بالمعنى الصحيح وبين قيود المسافات فيعتبرها مجرد قيود على الملكية . وانظر .

وانظر فى نقد هذه التفرقة : اسماعيل غانم ( ص ٩٧ هـ ١ ) ، حيث يقول « ولا يكفى ان يقال أن قيد المسافة لا يعطى لغير المالك ــ على عكس « ارتفاقات » المياه والمرور ــ سلطة اجراء اى عمل من الاعمال على عقاره ، اذ أن الارتفاق قد يكون سلبيا يقتصر الامر فيه على منع مالك العقار المرتفق به من استعمال ملكه على نحو معين .. »

(٣) قارب Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 183.

مناطا له متوافرة فى كل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق • أما اذا كان مصدره الاتفاق فانه يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة • فالأول يرتبط وجوده بتوافر شروط قيامه ، بينما الآخر يرتبط وجوده باستعماله • وعلى ذلك اذا كان لأرض معينة حق المرور القانونى على أرض مجاورة لانحباسها عن الطريق العام ، فان هذا الحق يظل باقيا ما بقى الانحباس ولو لم يمارس المرور بالفعل ، أما اذا كان مصدر هذا الحق فى المرور هو الاتفاق فانه يسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط •

كذلك اذا كان حق الارتفاق مصدره القانون فانه يسقط باختلال الشروط التى جعلها القانون مناطا لقيامه مهما طالت مدة استعماله قبل اختلال هذه الشروط • فاذا ظل صاحب العقار المخدوم يمارس السلطات التى كان يخولها هذا الارتفاق قبل سقوطه فانه يكسب ارتفاقا جديدا اذا استمرت ممارسته لهذه السلطات مدة خمس عشرة سنة بعد سقوط الارتفاق القانونى ، ولكن هذا الارتفاق الجديد لا يعتبر ارتفاقا قانونيا ، وانما يخضع لأحكام الارتفاق الاتفاقى ، فيمكن سقوطه هو الآخر اذا امتنع صاحب العقار المخدوم عن استعماله من بعد اكتسابه مدة التقادم المسقط • فاذا وجدت أرض منحصة عن الطريق العام كان لها حق المرور القانونى على الأرض المجاورة للوصول الى الطريق العام ، ولكن اذا زال هذا الانحباس بفتح طريق عام على حافة الأرض المنحبسة من الناحية الأخرى زال حق المرور القانونى ، فاذا ما استمر صاحب الأرض التى كانت منحبسة يمارس المرور فى الأرض التى كان يمارس فيها حقه القانونى فى المرور مدة خمس عشرة سنة بعد زوال حقه اكتسب ارتفاقا جديدا بالتقادم ، ويكون هذا الارتفاق الجديد بالمرور قابلا للسقوط بعدم الاستعمال •

٢ ــ واذا تصرف مالك فى عقاره ثم تبين المتصرف اليه بعد ذلك وجود

ارتفاق على هذا العقار، فان كان هذا الارتفاق مصدره القانون فان المتصرف لا يكون ضامنا لوجوده ، لأن مناط وجود هذا الارتفاق هو توافر شروط معينة فى كل من العقار الخادم والعقار المخدوم يفترض فى المتصرف اليه العلم بها . أما اذا كان هذا الارتفاق قد اكتسب بالاتفاق أو التقادم فان المتصرف يكون ضامنا لأن وجود مثل هذا الارتفاق الأخير يعتبر وضعا استثنائيا لا يتوافر بالضرورة فى ظروف العقار المتصرف فيه . فاذا ضمن البائع مثلا خلو المبيع من حق ارتفاق المطل فانه يضمن للمشترى خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم وهو أن يكون للجار حق فتح مطل على أقل من المسافة القانونية ، ولكنه لا يضمن خلو المبيع من حق المطل القانونى بفتح الجار مطلا على المسافة التى يحددها القانون .

أما فيما عدا هذه الفروق التى ترجع الى اختلاف المصدر فيجب أن يسرى على حق الارتفاق القانونى أحكام الارتفاق الاتفاقى فيما لم يرد بشأنه نص . فيمكن مثلا أن ينطبق عليها الحكم الخاص بسقوط حقوق الارتفاق اذا تخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره [1] .

وحقوق الارتفاق القانونية منها ما هو ايجابى يخول لمالك العقار المخدوم أن يمارس عملا معينا على العقار الخادم كحق المرور ، ومنها ما هو سلبى يقتصر على تخويل هذا المالك سلطة اقتضاء امتناع كالامتناع عن البناء على مسافة معينة .

### ١ — الاتفاقات القانونية الايجابية

٦٣ — الأصل أن مالك المسقاة أو المصرف الخاص يكون له أن يستأثر

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

هذا وقد عاد مشروع التقنين المدنى الجديد الى اعتبار القيود القانونية على الملكية من قبيل حقوق الارتفاق ، فأضاف كلمة القانون الى المادة التى تتكلم عن طرق اكتساب الارتفاق ، كما عالج هذه القيود فى المكان المخصص لحقوق الارتفاق .

بالانتفاع بها وأن يمنع غيره من استعمالها فيما تحتاجه أرضه من رى أو صرف ، وأن مالك الأرض له أن يستأثر بالانتفاع بها وأن يمنع غيره من استعمالها فى اجراء مياه ريه أو صرفه أو فى المرور خلالها الى الطريق العام . غير أن تقرير هذا الأصل من شأنه أن يهدد بالموات بعض الأراضى التى لا تجد كفايتها من الماء لبعدها عن مورده ، كما قد يؤدى الى استحالة أو عرقلة استعمال أو استثمار بعض الأراضى لانحباسها عن الطريق انحباسا كليا أو جزئيا . لذلك فقد خرج التقنين المدنى على هذا الأصل وقرر لمثل هذه الأراضى حقوقا فى الشرب والمجرى والمسيل والمرور [1] . وسوف نعرض أولا لحق المرور على اعتبار أنه يقدم لنا أساسا يمكن على ضوئه تفهم الحقوق الأخرى فى الشرب والمجرى والمسيل .

**( أ ) حق المرور القانونى :**

٦٨ — تنص المادة ١/٨١٢ من التقنين المدنى على أن « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » . هذا النص يحدد شروط توافر الحق القانونى فى المرور ويعين المكان الذى يمارس فيه هذا الحق ويبين العوض عن ذلك .

---

(٢)راجع فى هذا الصدد رسالة الدكتور جلال العدوى « الاجبار القانونى على المعارضة » ، بند ٢٧٥ وما بعدها .

**الانحباس عن الطريق العام مناط لحق فى المرور :**

٦٩ ـ يثبت الحق القانونى فى المرور لكل أرض محبوسة أيا كان وجه استثمارها ، سواء كانت أرض بناء أو أرضا زراعية أو أرضا معدة للاستثمار الصناعى [1] .

وقد قرر القانون حق المرور لتمكين الأرض من الطريق العام ، ومن ثم فهو يثبت فى حالة الانحباس عن الطريق العام . وقد كان المقصود بالانحباس فى القانون الفرنسى والمصرى القديم هو الانحباس التام . غير أن أخذ الانحباس بهذا المفهوم الضيق قد تكشف عن قصور فى تلبية احتياجات العمل . ذلك انه كثيرا ما تكون الارض متصلة بالطريق العام ويكون هذا الاتصال غير كاف بالنظر لما اعدت له من استعمال . لذلك فقد تدخل المشرع الفرنسى بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ لاثبات حق المرور فى حالة اتصال الأرض بالطريق العام اتصالا لا يفى باحتياجاتها . وجاء القانون المدنى المصرى الجديد فاثبت حق المرور للارض التى لا يصلها بالطريق العام ممر كاف « اذا كان لا يتيسر ... الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » .

فالأرض التى يصلها بالطريق العام ممر غير كاف تعتبر محبوسة . ويعتبر الممر غير كاف اذا كان لا يتيسر الوصول الى الطريق العام الا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة . ومثال الحالة الأولى أن يكون فى الامكان انشاء ممر فى ذات الأرض المراد اثبات حق المرور لها أو توسيع ممر قائم ليفى باحتياجاتها ولكن هذا الانشاء أو التوسيع يحتاج لنفقات لا تتناسب مع قيمة هذه الأرض أو أهمية استثمارها . ومثال الحالة الأخرى أن يكون هناك ممر شديد الانحدار يصل الأرض بالطريق العام

---

(١) نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، رقم ١٤٠ ، ص ٤١١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ .

ولكن استمثارها يحتاج لمرور الخيل والدواب محملة مثلا ، مما يعرضها للخطـر •

وتقدير كفاية الممر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضى على ضـوء الانتفاع المخصصة له الأرض • فالممر الذى يتسع لعبور المشاة قد يكون كافيا لتلبية احتياجات أرض مبنية ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض معـدة للزراعـة • والممـر الذى يتسـع لمرور الدواب قد يـكون كافيا لتلبية احتياجات أرض معدة للزراعة ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض مقام عليها مصنع يحتاج لمرور عربات النقل • وما دامت كفاية الممر مرتبطة بوجه الانتفاع المخصصة له الأرض فان حق المرور يتبع تغير هذا الانتفاع وجودا وعدما • فقد يكون الممر كافيا بالنظر الى الانتفاع المعدة له الأرض ولكنه يصبح غير كاف بالنظر الى الانتفاع الجديد أو العكس ، فيتوافر الانحباس أو ينعدم ؛ وينشأ بذلك حق المرور أو ينتفى •

ومن الواضح أن الانحباس بالمعنى المتقدم ينتفى اذا كان لمالك الأرض البعيدة عن الطريق العام حق ارتفاق اتفاقى بالمرور الى هذا الطريق وكان هذا الارتفاق كافيا بحسب الاستعمال المخصصة له الأرض • ويلاحظ أن الارتفاق الاتفاقى كما ينشأ بتصرف قانونى مستقل أو بشرط يرد فى تصرف قانونى كبيع أو قسمة أو مقايضة ، فانه قد ينشأ بقوة القانون استنادا الى مثل هذا التصرف باعتباره من مستلزماته • فالمـادة ١٤٨/٢ تقضى بأن العقد ــ أو التصرف القانونى عموما ــ لا يقتصر على الزام المتعاقد بمـا ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام •

ويقيس الفقه الغـالب على الحالة السـابقة حالة تمتع مالك الأرض المحبوسة بالمرور فى أرض أحد جيرانه بناء على تسامح من هذا الجار ،

فيرفضون الاعتراف له بحق المرور القانوني [1] ولكنا نرى مع البعض أن لمالك الأرض المحبوسة الحق فى المرور القانونى فى هذه الحالة ، باعتبار أن مروره فى أرض جاره على سبيل التسامح لا يثبت له حقـا فى المرور يحميه القانون ، بعكس حالة مروره بناء على حق ارتفاق اتفاقى [2] .

واذا كان المشرع لم يضف أى شرط للانحباس فالمسلم به فقها اشتراط الا يكون الانحباس ناشئا عن فعل المالك ، سواء كان هذا الفعل اراديا فى رأى البعض ، أو أى فعل فى رأى البعض الاخر . فاذا كان للأرض ممر يصلها بالطريق العام فشغله صاحبها بالبناء أو كان لها ارتفاق اتفاقى بالمرور فتنازل عنه صاحبها أو تركه يسقط بالتقادم ، فلا يكون لهذه الأرض حق قانونى فى المرور بالأراضى المجاورة [3] .

وينتقد البعض بحق اطلاق هذا القـول . ذلك أنه من المسـلم أن الانحباس الذى يثبت حق المرور القانونى قد يكون نتيجة تغيير الاستعمال المخصصة له الأرض والاستعمال يحدث بفعل المالك . فيجب التمييز بين أفعال المالك المؤدية للانحباس وبين ما يؤدى منها الى حرمانه من المرور وما لا يؤدى الى ذلك . فليس من المعقول التسوية بين من يحبس أرضه عن الطريق العام بطريق يقيمه عليها ومن يغير فى استثمار أرضه بما يؤدى الى عدم كفاية الارتفاق الاتفاقى المقرر له . ويرى هذا البعض أن يكون التمييز على أساس ما اذا كان الفعل الذى أدى الى الانحباس قد اقتضاه

---

(1) محمد كامل مرسى ، جـ ١ ، بند ٣٢٣ ، شفيق شحاته بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدراوى ، بند٣٣٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٠ .

(2) حسن كيره ، بند ٧٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ ، السنهورى بند ٤٩٦ ، Baudrie - Lacantinarie et Chauveau, No. 1047.

(3) شفيق شحاته ، بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدراوى بند ٣٣٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، حسن كيرة ، بند ٧٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٢ ، السنهورى ، بند ٤٦٦ .

ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت باعطاء حق المرور للمالك الذى كان له حق ارتفـاق بالمرور وسقط هذا الحق بعدم الاستعمال حكم دائرة العرائض فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ مشار اليه فى (Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin), No. 534.

الاستثمار المعقول للارض أم لا [1] . فاذا تبين أن التنازل عن الارتفاق أو عدم استعماله بما يؤدى الى سقوطه كان بسبب تغيير المالك لطريقة استثمار الأرض ، فلا يحرم من حق المرور القانونى . أما اذا كان التنازل عن الارتفاق أو عدم استعماله مما لا يقتضيه الاستثمار الجديد المعقول للارض فلا يجوز المطالبة بالمرور القانونى .

٧٠ ــ وحق المرور يثبت بمجرد توافر الانحباس . فمتى توافر الانحباس قام الحق ، ولا يؤثر فى قيامه سكوت صاحبه عن المطالبة به أو قعوده عن استعماله مهما طالت مدة هذا السكوت أو عدم الاستعمال، على نحو ما رأيناه بصدد بيان طبيعة حقوق الارتفاق القانونية .

كذلك يزول حق المرور بزوال الانحباس . وقد نصت المادة ١/٨١٢ على ذلك بقولها ان حق المرور يتقرر للأرض المحبوسة « ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام » . فاذا فتح طريق عام مثلا على حدود الأرض التى كانت محبوسة أو تملك صاحبها أرضا ملاصقة لها تكون متصلة مباشرة بالطريق العام ، زال الحق القانونى فى المرور . وحق المرور القانونى يزول بزوال الانحباس مهما طالت ممارسته ، فلا يمكن اكتسابه بالتقادم على نحو ما رأينا [2] . ويستوى فى ذلك أن يكون زوال الانحباس قبل المطالبة بالممر وتعيينه فى أرض الجار أو بعد تعيينه واستعماله فعلا ، على أن يكون لصاحب الأرض فى الحالة الأخيرة أن يسترد من التعويض الذى يكون قد دفعه لمالك الأرض التى تعين فيها الممر قدرا من التعويض يتناسب مع ما تفاداه من ضرر نتيجة زوال حق المرور ، اذ الفرض أن التعويض قد روعى فيه عبء قدر دوامه .

---

(1) منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ . وقارب ايضا :
Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin, N. 534.

(2) فى هذا المعنى : السنهورى ، بند ٤٦٧ .

**نطاق المرور : تعيين الممر وطريقة المرور :**

٧١ ـ يثبت الحق فى المطالبة بالمرور القانونى لمالك الأرض المحبوسة عن طريق العام ، ويثبت هذا الحق أيضا لمن يكون له حق عينى على العقار المحبوس يخول له استعماله أو استثماره ، كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال أو السكنى . ذلك أن هذه الحقوق العينية تثبت لصاحبها سلطة مباشرة على الشىء تخول له استعماله أو استثماره ، فيكون له المطالبة بما للمالك من مكنات تيسر هذا الاستعمال أو الاستثمار دون حاجة لوساطة . وبالعكس لا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية ، كالمستأجر . فهؤلاء ليس لهم سلطة مباشرة فى استعمال الشىء أو استثماره ، ومن ثم وجب عليهم الالتجاء الى المالك للحصول على مثل هذه المكنة [1] .

واذا كان مناط الحق فى المرور هو الانحباس على المعنى السابق ، فانه يلزم تحديد نطاقه ، من حيث الممر الذى يكون عليه المرور وطريقة هذا المرور . وتحديد نطاق المرور يكون باتفاق الطرفين . فاذا لم يمكن الوصول الى اتفاق ، كان تحديده عن طريق القضاء . وقد وضعت المادة ٨١٢ عدة قواعد يستهدى بها القاضى فى تعيين هذا النطاق . وهذه المادة لا تخصص نوعا معينا من الأراضى لممارسة المرور فيه ، فيمكن أن يمارس فى كل ما يجاور الأرض المحبوسة من أراض متصلة بالطريق العام ، سواء أكانت أرض بناء أو أرضا فضاء أو ارضا معدة للاستثمار الصناعى ، حتى ولو كانت مسورة ، ما دام من الممكن فتح باب فى السور لتمكين صاحب المرور من ممارسة حقه ، وسواء أكانت هذه الأرض ملكا خاصا أم ملكا عاما ، ما دام المرور فى هذه الأخيرة لا يتعارض مع تخصيصها للمنفعة

---

(١) محمد كامل مرسى ، جـ ١ ، بند ٣٢٨ ، شفيق شحاته ، بند ٣٦٢ ، محمد على عرفه ، بند ٢٢٨ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٣٦ ، اسماعيل غانم بند ٥٧ ، حسن كيرة بند ٧١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٥ ، السنهورى بند ٤٦٦ .
وانظر أيضا : Marty et Raynaud, No. 291.

العامة . وليس أدل على ذلك من أن حق المرور الاتفاقى يجوز أن يترتب على العقارات العامة طبقا للمادة ١٠١٥ بنفس القيد [1] .

على أن هذه المـادة تقضى بأن لا يستعمل الحق فى المرور « الا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » . ومرجع هذا التحديد رغبة القانون فى الا يترتب على الحق فى المرور الا أقل ضرا ممكن تحقيقا للمصلحة العامة . على أن المشرع قد استثنى من ذلك حالة ما اذا كان الانحباس ناشئا عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى ففرض أن يكون المرور فى هذه الحالة فى أجزاء هذا العقار ، طالمـا كان من الممكن ايجاد ممر كاف فيها . فقد نصت المـادة ٨١٢/٢ على أنه « اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشـئا عن تجزئة عقار تمت بنـاء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجـوز المطالبـة بحق المرور الا فى هـذه الأجـزاء » . والمقصـود بذلك بالطبع الحـالة التى لا ينص فيهـا التصرف القـانونى عـلى انشاء ارتفاق بالمرور لصالح الجزء المحبوس على عاتق الأجزاء المتصـلة بالطريق العام ، ولا يمكن استخلاص التزام بانشاء مثل هذا الارتفاق من الارادة الضمنية لأطراف التصرف أو من قواعد الضمان الخاصة بهـذا التصرف أو من القواعد العامة فى تحديد ما يشمله التصرف طبقا للمـادة ١٤٨/٢ من القانون المدنى [2] .

---

(١) السنهورى ، بند ٤٦٩ . وأنظر ايضا فى هذا المعنى Marty et Raynaud, No. 29. وهذا هو راى محكمة النقض الفرنسية . (Req. 11/11/1867, s. 1868, 1,,30) ولكن مجلس الدولة الفرنسى لا يقر هذا الراى ( انظر الاحكام المشار اليها فى (Marty et Raynaud, p. 30 note 7)

اما اذا امكن استخلاص مثل هذا الارتفاق فلا يكون هناك انحباس يرتب الحق القـانونى فى المرور ، ويخضع هذا الارتفاق لاحكام الارتفاق الاتفاقى دون حق المرور المنصوص عليه فى المادة ١/٨١٢ . وعلى ذلك فهو يثبت بدون مقابل جديد ، لان المفروض ان مقابل المرور قد دخل =

وواضح أن العدالة تقضى فى هذه الحالة بتحميل الجزء المتصل بالطريق العام من العقار الذى تمت تجزئته بالمرور القانونى دون العقارات الأخرى المجاورة للجزء المحبوس ، ولو كان المرور فى هذا الجزء أكثر عبئا وأشد ضررا ، لأن الانحباس قد نشأ عن عمل طرفى التصرف . أما اذا لم يكن من المستطاع ايجاد ممر كاف للجزء المحبوس فى أجزاء العقار الأخرى فتسترد القاعدة العامة فى تحديد الممر سلطانها ، ويكون تعيين الممر فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا من العقارات المجاورة [1] .

---

= فى اعتبار أطراف التصرف عند ابرامه ، ولاينتقل الالتزام بانشاء الارتفاق الى الخلف الخاص الا اذا كان عالما بوجوده وقت انتقال الملكية اليه نفقا للقواعد العامة فى انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص ( فاذا لم ينتقل الى الخلف الخاص طبقا لهذه القواعد تحقق الانحباس من جديد وأمكن المطالبة بالمرور القانونى بمقابل طبقا للمادة ١/٨١٢ ) ، ويسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . ولكن حق الارتفاق ذاته أو الالتزام بانشائه يزول اذا أصبح الجزء المستفيد منه متصلا بالطريق العام أو يبقى ، بحسب ما يتضح من تفسير التصرف القانونى ومعرفة ما اذا كان انشاء الارتفاق معلقا على شرط فاسخ هو زوال الانحباس عن الطريق العام أو غير معلق على ذلك .

(١) هذا الرأى الذى نقول به فى تفسير المادة ٢/٨١٢ يخالف المسلم فى الفقه ، سواء فى فرنسا أو فى مصر . ففى فرنسا كان القضاء يعتبر المرور فى حالة الانحباس الناشىء عن تجزئة العقار مرورا اتفاقيا ، فلما تقرر الحكم المقابل لنص المادة ٢/٨١٢ من القانون المدنى المصرى — ع قد جعل المرور فى حالة الانحباس المترتب على قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ — قيل ان المشر تجزئة العقار بتصرف قانونى مرورا قانونيا بعد أن كان اتفاقيا (Baudry-Lacantinerie) (et Chauveau, 1056) ولكن اغلبية القضاء والفقه لازالت على أن المصدر المباشر لحق المرور هو التصرف القانونى (Beaudant, Lerebours Pigeonnière et) (Voirin, Les biens, No. 540 ; Marty et Raynaud, No. 291).

وهذا هو الرأى الذى يقف عنده الفقه المصرى كذلك

على أن هذا الفقه قد اختلف فى كيفية استنباط حق المرور الاتفاقى من التصرف القانونى . فالبعض يسنده الى الالتزام بالضمان المترتب على التصرف أو الى الالتزام بتسليم المبيع وملحقاته اذا ما كان التصرف بيعا ( فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ١٣٦ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٤٣ ) . ولكن هذا الاساس ان استقام فى حالة أو اكثر فهو لا يستقيم فى الاحوال الاخرى . فاذا كان التصرف بيعا مثلا باع به المالك الجزء المتصل بالطريق العام واحتفظ لنفسه بالجزء المحبوس ، أو كان المالك قد باع الجزئين لمشترين مختلفين ، فلايمكن القول بأن مشترى الجزء المتصل بالطريق العام يلتزم نحو البائع أو المشترى الاخر بالضمان او التسليم ( فى هذا المعنى ، منصور محمد منصور ، بند ٣٥ ) .

وذهب البعض الاخر الى اسناد الحق الاتفاقى فى المرور الى الارادة فالضمنية أو المفترضة للمتصرف ( حسن كيره ، بند ٧٢ ، محمد كامل مرسى ، جـ ١ ، بند ٣٣٧ ) . ولكن الواقع أنه لايجب الالتجاء الى الارادة الضمنية الا اذا أمكن بالفعل استخلاص ارادة حقيقية وهو مالا يتوافر بالطبع فى جميع الاحوال ، أما الارادة المفترضة فهى ارادة القانون .

وذهب البعض الاخر الى الاستناد الى نص المادة ٢/١٤٨ التى تقضى بانه « ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . فالتصرف الذى أدى الى تجزئة العقار يولد التزاما على

كذلك عنيت المادة ٨١٢ بتحديد المرور بنصها على أنه يكون « بالقدر اللازم لاستغلال ( الأرض المحبوسة ) واستعمالها على الوجه المألوف » • فالمرور يكون اذ بالقدر اللازم للاستثمار المعدة له الأرض المحبوسة • ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا المرور على سطح الأرض ، أو فى باطنها عن طريق انشاء نفق أو مد أنابيب للمياه والغاز ، أو فى الفضاء الذى يعلوها بمد أسلاك تمر عليها القاطرات اللازمة لاستثمار محجر قائم فى أحد الجبال مثلا •

فاذا تعين الممر بالاتفاق أو بحكم القاضى على النحو السابق ، ولم يستعمله مالك الأرض المحبوسة مدة خمس عشرة سنة ، سقط حقه فى استعماله ، وتعين عليه ان أراد ممارسة حقه فى المرور القانونى طلب تعيين ممر جديد مقابل تعويض جديد [1] •

٧٢ — واذا كان نطاق حق المرور القانونى يتحدد ، على النحو السابق اتفاقا أو قضاء ، الا أنه قد يتحدد عن طريق الحيازة • فقد لا ينتظر مالك الأرض المحبوسة هذا الاتفاق أو القضاء ويقوم مباشرة بالمرور فى أرض مجاورة • فى هذه الحالة يكون لمالك هذه الأرض الأخيرة أن يطلب الى

---

عاتق صاحب الجزء المتصل بالطريق العام بانشاء حق ارتفاق بالمرور للجزء المحبوس ولو لم يرد فيه شرط صريح أو ضمنى ، باعتباره من مستلزماته ( اسماعيل غانم ، بند ٥٩ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٥ ). ولكن هذا الرأى لا يسلم هو الآخر من النقد الذى يوجه الى الاراء الاخرى • فهو اذا كان يستقيم فى كثير من الحالات ، الا أنه لا يستقيم فى حالات أخرى ، وعلى الاخص اذا ما نص صراحة فى التصرف القانونى الذى ترتبت عليه تجزئة العقار على أنه ليس للجزء المحبوس عن الطريق العام المرور فى الاجزاء الاخر ، اذ كيف ينص التصرف على حرمان صاحب الجزء المحبوس ويمكن مع ذلك اسناد الحق فى المرور الى هذا التصرف ؟ أن المادة ٢/١٤٨ لا تنطبق بداهة الا عند عدم وجود شرط فى التصرف القانونى

والواقع أنه لا مناص من التسليم بان الحق فى المرور فى حالة الانحباس المترتب على تجزئة العقار هو مرور قانونى طبقا للمادة ١/٨١٢ ، ويأخذ كل أحكام هذا المرور دون المرور الاتفاقى ، وأن المادة ٢/٨١٢ تقتصر على مجرد التعديل فى أحكام المادة ٢/٨١٢ فيما يتعلق بتحديد الاماكن التى يتم فيها المرور • وهذا بعد هو ما توحى به المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى ، فقد جاء فى هذه المذكرة تعليقا على هذا النص « قرر المشرع ايضا تقييدا عادلا لحق المرور يقضى بانه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار .. »

(١) اسماعيل غانم ، بند ٥٦ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ٧٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٣ •

القضاء نقل المرور الى أرض أخرى من الأراضى المجاورة ان كان المرور فيها أخف ضررا ، وأن يطلب تعيين موضع آخر للمرور فى أرضه يكون أخف ضررا من الموضع الذى اختاره مالك الأرض المحبوسة ، وأن يطلب قصر المرور على ما يلزم لاستعمال الأرض المحبوسة واستثمارها على الوجه المألوف ان كان المرور الذى يمارسه مالك الأرض المحبوسة يجاوز هـذا الحد . فان سكت عن المطالبة بما يكون له من ذلك واستمر مالك الأرض المحبوسة يستعمل حقه فى المكان الذى اختاره وبالطريقة التى اعتادها مدة خمس عشرة سنة ، ثبت حقه فى المرور فى الموضع الذى اختاره وبالطريقة التى مارسه بها باجماع الفقه [1] ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على تبرير هـذا الحـكم .

ومرجع هذا الخلاف ، أن حقوق الارتفـاق القانونيـة ، كما هـو معروف ، لا تكسب بالتقادم . لذلك ذهب البعض فى سبيل التخلص من هذه الصعوبة الى القول بأن الذى يكتسب بالتقادم فى هذه الحالة هو موضع المرور وطريقته وليس حق المرور فى ذاته [2] . وذهب البعض الى أن ثبوت حق مالك الأرض المحبوسة يرجع الى سقوط حق مالك الأرض التى يباشر عليها المرور فى الاعتراض [3] . وذهب البعض الثالث الى أن الذى يثبت لمالك الأرض المحبوسة ليس هو الحق القانونى فى المرور وانما هو حق ارتفاق جديد يخضع لأحكام الارتفاق الاتفاقى فلا يزول بزوال الانحباس [4] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ١٣/٣/١٩٥٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٩ ، ص٢١٢، نقض مدنى ٢٨/٤/١٩٦٢ ، مجموعة احـكام النقض س ١٣ ، رقم ٩٢ ، ص ٥٥١ .

(٢) محمد على عرفه ، ج ١ ،بند ٢٣٤ ، محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٢٨ .

(٣) حسن كيرة ، بند ٧٣ وهـ ١ ص ٢٣٠ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٧ ، عبد المنعم فـرج الصدة ، بند ٧٧ ، السنهورى بند ٤٧١ .

(٤) شفيق شحاته ، بند ٣٦٤ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٣٧ .

وهذا الراى هو الذى اخذت به محكمة النقض الفرنسية ( أنظر :
Req. 27/12/1904, D.P. 1905, 1, 74, s. 1904, 1, 246; Civ. 20/2/1922, D.P. 1926, 1, 80.

وانظر فى هذا الراى:
Colin et Capitant, op. cit., No. 1017.

ويذهب استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور [1] الى ضرورة بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه فى المرور فى الحدود التى رسمها المشرع بنص المادة ١/٨١٢ ، أو أنه تجاوز هذه الحدود . فاذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه فى الحدود التى رسمها المشرع يبقى حقه مرورا قانونيا وفقا لنص المادة المذكورة ، ويفسر عدم اعتراض مالك الأرض التى باشر عليها المرور بعدم وجود محل للاعتراض . أما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد تجاوز فى مباشرته لحقه الحدود التى رسمها المشرع ، فلا يمكن اعتبار حقه فى المرور حقا قانونيا ، سواء قلنا انه اكتسب موضع المرور وطريقته بالتقادم لأن التقادم يرد على الحقوق العينية ولا يرد على موضع وطريقة المرور بغير نص ، أو على أساس سقوط حق مالك الأرض التى يباشر عليها المرور فى الاعتراض لأن المرور قد تم بالمخالفة للحدود التى رسمها المشرع للمرور القانونى ، ويتعين اعتبار حق المرور فى هذه الحالة مرورا مكتسبا بالتقادم لا يخضع لأحكام المرور القانونى وانما يخضع لأحكام المرور المكتسب بالاتفاق .

على ان اكتساب الحق فى ممارسة المرور فى مكان معين وبطريقة معينة بالتقادم المكسب لا يكسب الحق فى المرور ذاته بالتقادم ، بحيث اذا زال الانحباس ، على النحو المتقدم ، انقضى هذا الحق فى ذاته .

**مقابل المرور :**

٧٣ ــ لا يثبت حق المرور دون مقابل وانما نظير تعويض عادل [2] . وهذا ما نصت عليه المادة ١/٨١٢ . والتعويض العادل هو ما يقابل

---

(١) بند ٣٢ .

(٢) راجع فى هذا الشأن جلال العدوى فى رسالته ، بند ٢٩٠ ، حيث يرى فى حق المرور التزاما قانونيا بالمعاوضة .

ما ترتب على المرور فى أرض الجار من ضرر ، دون نظر الى مدى النفع الذى عاد على الأرض المحبوسة من اتصالها بالطريق العام ، ويتم تحديده بالاتفاق أو عن طريق القضاء . ولم يشترط التقنين المدنى الجديد أن يدفع التعويض مقدما . وعلى ذلك فللمحكمة عند عدم الاتفاق أن تعين طريقة دفع التعويض . فقد ترى وجوب دفعه مقدما ، وقد ترى دفعه على أقساط دورية متجددة أو غير متجددة . ويكون لمالك الأرض التى تقرر عليها المرور أن يمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور اذا امتنع عن دفع ما يستحق من التعويض ، تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس .

ويسقط الحق فى المطالبة بتقرير التعويض بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت ممارسة المرور اذا لم يكن قد تحدد قضاء أو اتفاقا . أما اذا كان التعويض قد تحدد فيسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه اذا كان واجب الدفع جملة واحدة ، أو من وقت استحقاق كل قسط ـــ بالنسبة لهذا القسط ـــ اذا كان الدفع واجبا على أقساط دورية غير متجددة . وأما اذا كان المبلغ واجب الدفع على أقساط دورية متجددة فيسقط الحق فى المطالبة بكل قسط بمضى خمس سنوات من وقت استحقاقه أيضا .

**ب ـــ حقوق الرى والصرف الزراعى :**

٧٤ ـــ اذا كان الانحباس عن الطريق العام انحباسا كليا أو جزئيا هو ، كما رأينا ، الواقعة المسببة لحق المرور ، فان الانحباس عن مورد المياه أو مصرفها هو ما يجب أن نرى فيه الواقعة المسببة لحقوق الشرب والمجرى والمسيل [1] . فقد نصت المادة ١٦ من قانون الرى والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ على أنه « اذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل

---

(١) جلال العدوى فى رسالته ، بند ٢٨٥ وما بعده .

أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا الا بانشاء مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأرض ذوى الشأن •• فيرفع شكواه الى مفتش الرى » •

ومؤدى ذلك أنه يجب لقيام مثل هذه الحقوق استحالة أو تعذر رى الأرض أو صرفها ريا أو صرفا كافيا الا بتقريرها • ونعرض فيما يلى لشروط قيام كل من هذه الحقوق على ضوء أحكام القانون المدنى مكملة بأحكام قانون الرى والصرف •

**حق الشرب :**

٧٥ ــ تنص المــادة ٨٠٨/١ على أن « من أنشأ مسقاة •• ( خاصة ) طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالهــا » • غير أن المشرع يحد من سلطة المالك المطلقة فى الاستئثار بمسقاته باعطاء المــلاك المجاورين حق الشرب عليها لتمكينهم من رى أراضيهم منها • فقد نصت المادة ٨٠٨/٢ على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المســقاة ( الخاصة ) •• فيما تحتاجه أراضيهم من رى •• بعــد أن يكون مالك المسقاة •• قد استوفى حاجته منها •• وعلى الملاك المجاورين فى هــذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة •• وصيانتها بنسبة مســاحة أراضيهم التى تنتفع بها » •

فالترع العامة لكل مالك الاستفادة منها وفقا للوائح الخاصة بذلك • أما المسقاة الخاصة فالأصل أن لصاحبها وحده حق الاستفادة منها ، ما لم تتوافر شروط المادة ٨٠٨/٢ • ومن الواضح أن شرط الاستفادة من المسقاة الخاصة هو الجوار • ولكن المشرع لم يحدد المقصود بالجوار ، هل هو جوار المسقاة أم جوار الأرض التى توجد بها • وقد ذهب البعض الى أن المقصود هو جوار المسقاة فقط ، فلا يكفى جوار الأرض الموجودة بهــا

لثبوت حق الشرب ، تأسيسا على أن حق الشرب حق استثنائى ورد على خلاف الأصل فيجب عدم التوسع فى تفسيره [1] . وذهب البعض الاخر الى أن المقصود هو جوار الأرض ، تأسيسا على أن لفظ الجوار ورد مطلقا فى النص ومطلق الجوار يتحقق بجوار الأرض التى تخترقها المسقاة ، فضلا عن أن هذا التفسير يتفق وحاجات الرى الزراعى [2] . ويلاحظ أن افادة الأرض المجاورة للأرض التى بها المسقاة من حق الشرب الذى يثبته لها هذا الرأى الأخير يقتضى حصول مالكها على حق المجرى لامرار المياه من المسقاة الى أرضه عبر الجار كما سنرى . ويلاحظ كذلك أن المادة ١٦ من قانون الرى والصرف قد أغفلت حتى شرط الجوار ، فضلا عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسقاة المالك ذاتها ، مكتفية بالانحباس عن مورد المياه .

وطبقا للمادة ١٦ من قانون الرى والصرف ، على طالب الحصول على حق الشرب ، اذا لم يستطع التراضى على ذلك مع مالك المسقاة ، أن يتقدم بطلب الى مفتش الرى الذى يفصل فيه بعد التحقق منه وفقا للاجراءات التى تحددها المادة المذكورة . ويكون قرار مفتش الرى فى هذا الشأن خاضعا لرقابة القضاء الادارى [3] .

وقد فرض المشرع على أصحاب الحق فى الشرب ، المساهمة فى نفقات انشائه والاشتراك فى نفقات صيانته بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بالمسقاة ( م ٢/٨٠٨ ) . والمقصود بنفقات الانشاء ، نفقات شق المسقاة وحدها ، وليس ثمن الأرض التى شقت فيها أو قيمة الانتفاع بها . لذلك فتبقى

---

(١) حسن كيره ، بند ٦٧ .

(٢) شفيق شحاته بند ٣٧١ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٥٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٥١ ، عبد المنعم فرج الصدة بند ٦١ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٧ ، السنهورى بند ٤٤٦ . وقد عدل مشروع التقنين المدنى الجديد النص المقابل للمادة ٢/٨٠٨ بما يتفق مع هذا الرأى .

(٣) السنهورى بند ٤٤٨ ، محمد على عرفة ، بند ٢٢٢ وما بعده .

المسقاة ملكا خالصا لصاحبها دون أن يترتب على انتفاعهم بها الاشتراك فى ملكيتها ، وهذا ما يفسر تقييد المشرع حقهم فى الاستفادة من المسقاة بأن يكون المالك قد استوفى حاجته منها أولا • ويلاحظ البعض أنه ما دام أن ملكية المسقاة تبقى خالصة لمالكها وان له الاستفادة منها بالأولوية على أصحاب حق الشرب ، فلا يكون هناك معنى لالزام هؤلاء بالاشتراك فى نفقات انشاء المسقاة ، وكان يجب الاقتصار على الزامهم بالاشتراك فى نفقات الصيانة • وطبقا للمادة ٧٧ من قانون الرى والصرف تقوم بتقدير التعويض ــ عند عدم الاتفاق عليه ــ لجنة بينت هذه المادة تشكيلها • ويكون قرار هذه اللجنة خاضعا لرقابة القضاء الادارى [1] • وقدنص قانون الرى والصرف على أنه لا يحق للملاك المجاورين استعمال المسقاة الا بعد أداء ما يجب عليهم من نفقات ( م ١٨ ) •

**حق المجــرى :**

٧ ــ قد تكون الأرض المراد ريها بعيدة عن مورد المياه ، بحيث يتحتم مرور المياه اليهــا فى أرض الجار والا حكم عليها بالموات • وقد واجهت المادة ٨٠٩ هذه الصورة بنصها على انه : « يجب على مالك الارض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه •••• بشرط ان يعوض عن ذلك تعويضا عادلا »

يقصد بحق المجرى اذن مرور المياه لرى أرض بعيدة عن موردهــا عبر أرض مملوكة لشخص آخر • فيشترط لثبوت هذا الحق أن تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه ، سواء أكان هذا المورد هو النيل أم ترعة عامة أم مسقاة خاصة • فاذا كان المورد هو النيل أو ترعة عامة ، فيجب على مالك الأرض التى يراد امرار المياه اليها أن يحصل على الترخيص

---

(١) انظر فى هذا الصدد : السنهورى بند ٤٤٨ و هـ ١ ص ٧٢٣ وما بعدها •

اللازم من وزارة الأشغال لأخذ المياه من الترعة العامة ، اذ لا معنى لثبوت حق المجرى طالمـا لم يكن للمطالب به حق أخذ المياه ذاتها • واذا كان المورد مسقاة خاصة مملوكة للغير ، فيجب أيضا أن يكون لمالك الأرض المراد ريها حق أخذ المياه من المسقاة الخاصـة ، اما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه فى المادة ٨٠٨ واما بمقتضى اتفاق بينه وبين المالك •

ولا يشترط لثبوت حق المجرى أن تكون المياه المراد تمريرها منهـا ضرورية لرى أرضه ، بل يكفى أن تكون مطلوبة لريها ريا كافيا على حد تعبير المشرع • فيثبت حق المجرى ولو كان هناك سبيل آخـر لرى الأرض ، لكن هذا السبيل غير كاف ، كبئر مثلا •

وقد قرر القانون لمـالك الأرض المقام عليها المجرى الحق فى تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجرى • ويلاحظ أن اجراءات الحصول على هذا الحق وتقدير التعويض تخضع لنفس القـواعد التى نص عليها قانون الرى والصرف بصدد حق الشرب [1] • ووفقا للمادة ١٨ من قانون الرى والصرف لا يباشر صاحب حق المجرى حقه فى امرار المياه الا بعد أداء التعويض •

**حق المسيل او الصرف :**

٧٧ ــ يقصد بحق المسيل أو الصرف ، الحق فى اسالة المياه الزائدة عن حاجة الأرض الزراعية فى المصارف الخاصـة المملوكة للغير أو فى المصارف العامة عبر أرض الغير • وقد نصت المـادة ٢/٨٠٨ على أنه :

---

(١) قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر لمجرد ما اوجبه القانون على مالك الارض من السماح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الارض البعيدة عن مورد المياه ، وانما يجب لذلك أن يتقدم صاحب هذه الارض ــ اذا تعذر عليه الاتفاق مع المالك ــ بطلب الى المحكمة أو جهة الادارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان كيفية ممارسـته وتحـديد المقابل الذى يدفع عنه ( نقض مدنى ١١/١١/١٩٦٥ ، مجموعة احكام النقض ، رقم ١٦٢ ، ص ١٠٤٣ ) •

« يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف ( الخاص ) فيما تحتاجه أراضيهم من ••• صرف ، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته ••• وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء ••• المصرف ، و ••• ( صيانة ) بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع •• به » ، كما نصت المادة ٨٠٩ على أنه : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » •

يتضح من هذه النصوص أن حق المسيل أو الصرف الزراعى يشمل حالتين تقابلان حق الشرب وحق المجرى بالنسبة للرى •

١ ــ فحق الصرف فى المصرف الخاص المجاور ، مقابل الاشتراك فى نفقات انشاء المصرف وصيانته ، يقابل حق الشرب ، وقد ورد حكمه فى المادة ٨٠٨ • على أنه يلاحظ أن المقصود بالجوار هنا بالاجماع هو جوار المصرف ذاته لا مجرد جوار الأرض الموجود بها • وهذا واضح لدى من يشترطون جوار المسقاة لثبوت حق الشرب ، أما من يثبتون حق الشرب فى حالة جوار الأرض المراد ريها للأرض الموجودة بها المسقاة فيعللون اشتراط جوار الأرض المراد صرف المياه الزائدة عنها بالمصرف الخاص لهذا المصرف بأن المشرع لم يقرر حق اسالة المياه بالأراضى المجاورة ( الحالة الثانية ) الا لكى تصب فى أقرب مصرف عمومى بحيث لا يجوز اسالتها لكى تصب فى مصرف خاص يملكه الجار فى أرضه اذا كان هذا المصرف غير ملاصق للأرض التى يراد اسالة المياه فيها •

٢ ــ وحق اسالة مياه الصرف من أرض بعيدة عبر أرض الجار لتصب فى المصرف العمومى ، مقابل تعويض عادل لمالك الأرض التى تعبرها المياه، يقابل حق المجرى • وقد ورد حكمه فى المادة ٨٩٠ • على أن حق الصرف

فى هذه الحالة يختلف عن حق المجرى ، فى أن حق الصرف قاصر على الحالة التى يكون المقصود فيها اسالة المياه الى مصرف عمومى ، بينما حق المجرى يثبت أيا كان مورد المياه مسقاة خاصة أو ترعة عامة .

وتخضع اجراءات الحصول على حق المسيل وتقدير التعويض فيه لنفس القواعد التى نص عليها قانون الرى والصرف ، والسابق الاشارة اليها بصدد حق المجرى .

**احكام عامة فى التزامات المنتفعين بحقوق الشرب والمجرى والمسيل أوالصرف :**

٧٨ ـ وضع القانون على عاتق المنتفعين بهذه الحقوق عدة التزامات تكفل عدم الاضرار بالأرض المحملة بها ، وتضمن تحقيق الغرض من تقريرها وهو رعاية الاستثمار الزراعى . فقد نصت المادة ٨١٠ من القانون المدنى : « على أنه اذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور فان لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر » . فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالتعويض عما يترتب على عدم تطهير المسقاة أو المصرف أو عن سوء حالة جسورها من ضرر .

كذلك نصت المادة ٨١١ من القانون المدنى على أنه : « اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الدورية ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » . فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالاشتراك فيما تحتاجه المسقاة أو المصرف من اصلاحات ضرورية . وقد أجازت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف لتفتيش الرى اجراء هذه الاصلاحات وتحصيل النفقات اللازمة بالطرق الادارية ، بعد تكليف ذوى الشأن بالقيام بها فى موعد معين وتأخرهم عن ذلك .

## ٢ ـ الارتفاقات القانونية السلبية

٧٩ ـ الأصل أن للمالك أن يبنى على أرضه حتى حدود ملكه . غير أن مصلحة الملاك المتجاورين أنفسهم تقتضى فرض قيود متبادلة على كل منهم اذا ما أراد عمل فتحات فى بنائه ، توفيرا لحرية الآخرين فى التمتع بملكهم . هذه القيود تختلف باختلاف ما اذا كان المقصود بالفتحات مجرد التهوية والاضاءة دون النظر ، وتسمى المناور ، وما اذا كان مقصودا بها النظر ، وتسمى المطلات .

**المناور :**

٨٠ ـ فالمناور يقصد بها الفتحات التى تسمح بمرور الهواء والضوء دون النظر من خلالها الى عقار الجار ، لارتفاعها عن قامة الانسان العادية . مثل هذه الفتحات لا ترتب أذى للجار ، ومن ثم يجوز فتحها فى بناء مبنى على حافة ملك صاحبه دون التقيد بمسافة معينة ، وهو ما نصت عليه المادة ٨٢١ من القانون المدنى بقولها « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور » . وقد رأى المشروع الجديد للتقنين المدنى تحديد ارتفاع قاعدة المناور بمترين ، لأن هذا التحديد أكثر انضباطا من معيار قامة الانسان المعتادة الذى تتخذه المادة ٨٢١ من التقنين الحالى .

ولما كانت المناور على هذا النحو لا تتضمن تعديا على ملك الجار ، وانما تعتبر رخصة من الرخص التى تخولها للمالك ملكيته ، فان مالك

البناء لا يكتسب حق ارتفاق بها عن طريق الحيازة مهما طالت مدة فتحها ، اذ الحيازة تفترض التعدى على ملك الجار ولا تقوم على عمل يأتيه شخص على أنه رخصة من المباحات ( م ٩٤٩ ) ، ومن ثم يكون دائما للجار أن يبنى هو الآخر على حدود ملكه فيسد هذه المناور [1] .

ومن المفهوم أن فتح المناور يخضع للقيد العام على الحقوق كافة من عدم التعسف فى استعمالها . فاذا تعسف صاحب البناء الموجود فيه المنور فى استعماله لهذا المنور ، بأن اعتاد اعتلاء ما يمكنه من الاطلال منه أو القاء مخلفاته منه لتسقط فى ملك الجار ، جاز للجار المطالبة بسده رغم توافر الارتفاع القانونى فيه .

**المطلات :**

٨١ ـ والمطلات يقصد بها الفتحات التى تسمح بالنظر من خلالها الى الخارج ، كالنوافذ والشرفات ، لكونها تحت مستوى قامة الانسان العادية . مثل هذه الفتحات تسبب مضايقات للجار ، ومن ثم اشترط القانون لفتحها أن يكون البناء المراد فتحها فيه يبتعد عن ملك الجار مسافة معينة . هذه المسافة تختلف بالطبع باختلاف ما تسمح به من نظر على ملك الجار . فاذا كان المطل مواجها لملك الجار بحيث يسمح بنظر مباشر اليه ، اشترط لفتحها أن تكون على بعد مسافة متر كامل من ملك الجار . واذا كان المطل منحرفا عن ملك الجار ، بحيث يستلزم الالتفات أو الانحناء للنظر اليه ، اشترط أن يكون على بعد مسافة نصف متر من ملك الجار . وتحسب المسافة فى الحالين ابتداء من ظهر الحائط المفتوح

(١) محمد كامل مرسى ، بند ٣٨٦ ، شفيق شحاته ، بند ١١٩ ، محمد على عرفه ، بند ٢٥٦ والاحكام المشار اليها ص ٢٣٢ هـ ٢ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٩٩ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ٩٦ ، حسن كيره ، بند ٨٦ ، السنهورى ، بند ٤٨١ ،
Aubry et Rau, T. 2, No. 196 ; Marty et Raynaud, No. 281.

فيه المطل ، أو من حافة الشرفة أو الخارجة ، الى الحد الفاصل لملك الجار • وقد نصت المادة ٨١٩ من القانون المدنى الجديد على المطل المواجه بقولها : « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة الشرفة أو الواجهة » • وقد نصت المادة ٨٢٠ على المطل المنحرف بقولها : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل •••• » •

ويستوى فى شأن قيام هذه القيود أن يكون ملك الجار بناء أو أرضا زراعية ، كما أنه لا عبرة باتساع المطل أو بنوع البناء الذى يفتح فيه ، حتى ولو كان مجرد سور يحيط الملك [1] •

وفتح المالك مطلا مع مراعاة المسافة القانونية لا يمنع الجار من البناء على حدود ملكه طالما لم يقم بفتح مطل فى بنائه على الملك الآخر •

ومن البديهى أنه يجوز فتح المطلات دون مراعاة التقيد بالمسافات القانونية اذا كانت مفتوحة على الطريق العام ، حتى ولو كان المطل منحرفا بحيث يطل فى نفس الوقت على ملك الجار • فالطريق العام مخصص للمنفعة العامة بما يمكن الكافة من الاطلال عليه • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٢٠ الخاصة بالمطل المنحرف بقولها : « ولكن يرتفع

---

(١) فى هذا المعنى حسن كيره بند ٧٦ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ٩٤ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٧ •

وفى رأى آخر لا محل للتقيد بالمسافة القانونية اذا كان ملك الجار محوطا بسور أصم لامتناع النظر الى ملك الجار ، حتى اذا ما هدم السور أمكن للجار المطالبة بسد المطل • انظر فى هذا الرأى : اسماعيل غانم ، بند ٤٦ محمد على عرفه ، بند ٢٥٦ ، شفيق شحاته ، بند ٢٣٨٣ ، السنهورى ، بند ٤٧٧ . وانظر فى نقد هذا الرأى : منصور مصطفى منصور هـ أ ص ٩٢ •

وقد قضت محكمة النقض بأن تحريم البناء على أقل من المسافة القانونية لا ينظر فيه الى كون اللقاء على أقل من المسافة القانونية يحدث ضررا بالفعل أو لا يحدث ذلك ( نقض مدنى ١٩٤٨/١/١٥ ، مجموعة عمر ، ٥ ، رقم ٢٥٨ ص ٥٢١ ) •

هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » .

فاذا فتح المطل دون مراعاة للمسافة القانونية كان للجار أن يطلب سده . ولكن يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يكتفى بتحويله الى منور بسد الجزء الأسفل منه ، بحيث تصبح قاعدته أعلى من قامة الانسان ، اذ المناور ، كما سبق القول ، لا يشترط فى فتحها التقيد بمسافة معينة .

على أنه يراعى أنه اذا فتح المطل دون تقيد بالمسافة القانونية واستمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة ؛ اكتسب المالك بذلك حق ارتفاق بالمطل على ملك الجار . ويترتب على ذلك أنه لا يمكن سد المطل ، ويتحتم على الجار أن يراعى المسافة القانونية عند البناء فى ملكه أو فتح مطلات فيه ، وذلك بأن يترك بينه وبين ظهر الحائط الموجود فيه المطل المكتسب بالتقادم مسافة متر اذا كان بناؤه أصما ومترين اذا كان فى بنائه مطل ، فى حالة كون المطل المكتسب بالتقادم مطلا مواجها ، ونصف هذه المسافة فى حالة كون هذا المطل منحرفا . وقد نصت المادة ٨١٩/٢ على ذلك بقولها : « واذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار ان يبنى على اقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل ». وقد صرحت المذكرة الايضاحية بوجوب الاخذ بهذا الحل ايضا فى المطل المنحرف اذا ما كسب بالتقادم .

ولكن يشترط لذلك بالطبع ان يتضمن فتح المطل معنى التعدى على ملك الجار بتحميله عبئا استثنائيا بالمطل دون تقيد بالمسافة القانونية . لذلك فانه اذا كان فتح المطل دون تقيد بالمسافة القانونية على حائط أصم أو أرض فضاء أو بناء مملوك لقريب ، فان صاحب المطل لا يكتسب حق

ارتفاق بالمطل مهما طالت المدة ، لأن فتح المطل فى هذه الظروف يحمل محل التسامح أو العفو من جانب الجار وليس وليس محمل التعدى .

## المبحث الثانى

### نطاق الملكية والمصلحة العامة

٨٢ ــ اذا كانت الوظيفة الاجتماعية للملكية تقتضى تطويع سلطات المالك لمقتضيات المصالح الخاصة المشروعة ، كما رأينا ، فانها ــ من باب أولى ــ تقتضى تطويع هذه السلطات لمقتضيات المصلحة العامة . بل ان هذا الميدان الأخير ينكمش فيه نطاق سلطات المالك ــ فردا كان أو شخصا من أشخاص القانون العام أو مشروعا عاما ــ كصاحب حق ذاتى ، وتصل فيه الوظيفة الاجتماعية للملكية الى منتهاها . وفى هذا الميدان أيضا يظهر القانون العام بتنظيماته الادارية المختلفة فيطبع الملكية بطابع جديد غير مألوف فى أنظمة القانون المدنى ، بمعناه التقليدى [1] . وقد أشارت المادة ٨٦٠ من القانون المدنى الى هذه التنظيمات عندما نصت على أنه : « على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ... »

ومهما تنوعت تطبيقات الوظيفة الاجتماعية للملكية فى هذا الشأن فانه يمكن ردها الى قيود يفرضها حسن أداء الخدمات العامة التى يضطلع بها المجتمع قبل أفراده ، وهى ما يعرف فى بعض الأحيان بارتفاقات المصلحة العامة أو الارتفاقات الادارية ، وأخرى تتعلق بالمحافظة على الثروة القومية وتنميتها .

---

(1) Marty et Raynaud, op. cit., No. 299

المطلب الأول : نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة .

المطلب الثانى : نطاق الملكية والثروة القومية .

# المطلب الأول

## نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة

٨٣ ــ تتعدد القيود المفروضة على سلطان المالك وتتشعب فى التشريعات واللوائح المختلفة الى درجة يصعب معها حصرها أو تصنيفها. ومن أمثلة هذه القيود القيود المتعلقة بالبناء ، كضرورة الحصول على ترخيص بالبناء وضرورة مراعاة مواصفات معينة فى بعض المبانى ( كالمبانى المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، ومبانى العزب والآلات التجارية)، وقواعد تقسيم الأراضى المعدة للبناء ، والقيود المفروضة على المبانى المتصلة بالطريق العام ، والقيود المتعلقة بالصحة العامة كردم البرك والمستنقعات ، والقيود المتعلقة بنقل القوى المحركة أو بالمواصلات التليفونية والبرقية ، كالسماح بمد أسلاك الكهرباء وأنابيب البترول والغاز وأسلاك التليفون والتلغراف ، والقيود الناشئة عن جوار بعض الأماكن المعينة ، كما فى منع الملاك المجاورين للأماكن العسكرية من اقامة مبان على مسافة معينة وفى تقييد ارتفاع المبنى فى مناطق رؤية الفنارات وعلامات الملاحة الأخرى ، والقيود المتعلقة بالأشغال العامة ، كالاستيلاء المؤقت على عقارات الأفراد .... الخ [1] .

ويتضح مما تقدم أن هذه القيود ــ على تنوعها ــ اما أن تقتصر على تقييد المالك فى الانتفاع بملكه فتأخذ طابعا سلبيا ، كمعظم القيود المتعلقة بالبناء ، واما أن تتجاوز ذلك الى الزام المالك بعمل معين فتأخذ طابعا ايجابيا كما فى ردم البرك والمستنقعات ، واما أن تصل الى حد

(١) فى محاولة تعداد هذه القيود وتصنيفها ، أنظر محمد كامل مرسى ، بند ٢٢١ وما بعده وانظر أيضا لنفس المؤلف

De l'étendue du droit de propriété en Egypte, op. cit., p. 153 et ss.

تخويل الادارة الحق فى استخدام الشيء المملوك ، كما فى الاستيلاء المؤقت [1] .

٨٤ ـ وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القيود . فنصوص القانون الفرنسى تخلع عليها وصف الارتفاقات . ولكن جانبا كبيرا من الفقه يرفض الاعتراف لها بهذه الصفة ، حتى من يسلم منه بها بالنسبة لقيود الملكية المفروضة للمصلحة الخاصة [2] . فحق الارتفاق كما خلصنا اليه هو عبء يتقرر لصالح عقار معين على عاتق عقار آخر ، فيثقل العقار المرتفق به دون صاحبه ويقوم لصالح العقار المرتفق دون مالكه . وهذا التحديد لحق الارتفاق يباعد بينه وبين القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة .

فالقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة لا تفترض وجود عقار مرتفق ، اذ الفرض انها مفروضة للمنفعة العامة وليس لمصلحة عقار والمستفيد من هذه القيود هم الأشخاص العامة التى تفرض [3] لصالحها أو حتى مجرد الأفراد العاديين فى كثير من الأحيان [4] .

والقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت تفرض بالفعل على عقار أو بمناسبته ، فانها مع ذلك تتضمن عنصرا شخصيا يخفف من طبيعتها العينية ويباعد بينها وبين حقوق الارتفاق . ويتمثل هذا العنصر فى ارتباط القيد بشخص صاحبه بحيث لا يجوز له فى الغالب من الأحيان التخلص منه بالتخلص من عقاره ، بعكس الحال فى حقوق الارتفاق حيث يجوز دائما التخلص منها بالتخلى عن العقار المفروضة عليه .

---

(١) زهير جرانة ، ص ٢٥٢ .

(٢) راجع فى هذا الصدد : Marty et Raynaud, op. cit., No. 144 et 308.

(٣) محمد على عرفه ، بند ١٣ ، محمد كامل مرسى ، بند ٢٢٢ .

(٤) Marty et Raynaud, ibid.

وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية [1] ــ فى حالة شخص أقام بناء دون الحصول على الترخيص اللازم ــ أن تجيب جارا الى طلب هدم البناء لأن « الارتفاقات الادارية » ليس لها من الأثر سوى الاجبار على مراعاة القواعد المتعلقة بالمصلحة العامة ولا تهدف الى خدمة العقار الذى قد يستفيد منها بصفة تبعية كنتيجة للمصلحة العامة التى تقوم عليها هذه الارتفاقات » .

ويذهب رأى آخر الى أن القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت لا تستحق كلها وصف حقوق الارتفاق فان منها ما يستحق فعلا هذا الوصف . ذلك أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين الأعباء التى تفرض على بعض العقارات لخدمة عقارات أخرى معينة من الأشياء العامة ، كالقيود المفروضة لخدمة الطرق العامة أو لخدمة بعض المرافق كالمناطق العسكرية ، وبين الأعباء التى تفرض على بعض العقارات لاعتبارات مختلفة من النفع العام دون أن ترمى الى خدمة عقار معين من الأشياء العامة ، كالاستيلاء المؤقت [2] فالأولى وحدها يتوافر لها عناصر الارتفاق وتستحق وصف الارتفاقات الادارية ، أما الأخرى فلا تستحق هذا الوصف . ويذهب هذا الرأى الى أن انكار وصف الارتفاق على القيود المفروضة على الملكية العامة يرجع فى الواقع الى هذا الخلط بين الارتفاقات بالمعنى الدقيق وبين القيود الأخرى المفروضة للمصلحة العامة .

وأيا ما كان الرأى فان الاعتراف لقيود المصلحة العامة ، كلها أو بعضها ، بصفة الارتفاق ، من شأنه أن يعزز الحماية المقررة لها ، وأن يتيح

---

(١) الدائرة المدنية ٩ يونية ١٩٥٩ مشار اليه فى Marty et Raynaud هـ ٥ ص ١٦٤

(٢) محمد زهير جرانه ، ص ٢١٧ وما بعدها .

للمستفيد منها بصفة خاصة التعويض عن التعدى عليها ، وممارسة الدعاوى العينية التى تحميها [1] .

٧٥ ـ وارتفاقات المصلحة العامة ، كما قلنا ، ذات طبيعة ادارية واضحة، حتى أنها تعرف أحيانا بالارتفاقات الادارية . هذه الطبيعة الادارية تظهر فى انشائها كما تظهر فى ممارستها . فعندما يقتصر القانون على تقرير انشاء ارتفاق معين للمصلحة العامة دون أن يحدد العقارات التى تخضع له أو دون أن يحدد آثاره ، فان مثل هذا التحديد وذاك يصدر به قرار ادارى، ومن ثم اذا ثار خلاف حول اجراءاته أو مدى مطابقته للقانون فان الفصل فى هذا الخلاف يكون من اختصاص القضاء الادارى . كذلك فان الذى يمارس الارتفاق من الناحية المادية هم أصلا الأشخاص الاعتبارية العامة فتكون المسئولية التى قد تنتج عن أعمالها من اختصاص القضاء الادارى ما لم تكن هذه الأعمال من أفعال الغصب فتختص بها المحاكم القضائية وفقا للقواعد العامة .

وصفة المنفعة العامة للارتفاق تجعل هذا الارتفاق من النظام العام ،

---

(١) تنفرد الاشياء العامة ـ من حيث هى مخصصة للمنفعة العامة ـ بامكان انتفاع الافراد بها فيما هى مخصصة له . فلكل من أصحاب العقارات المجاورة للطرق العامة مثلا الانتفاع بها فى المطل عليها والمسيل فيها والنفاذ اليها ، ولكل مالك استعمال الترع العامة والانهار فى رى ارضه وفقا للوائح الخاصة بذلك . ويثور التساؤل عما اذا كانت هذه الاوجه من الانتفاع بالاشياء العامة فيما هى مخصصة له من المنفعة العامة يعطى للاشخاص عليها حقوقا أم مجرد رخص ، واذا كانت حقوقا فهل هى حقوق شخصية أم حقوق عينية يصح اعتبارها من قبيل حقوق الارتفاق . وقد استقر القضاء الفرنسى منذ البداية على اعتبار هذه المنافع من قبيل الحقوق ، وان كان قد تطور من اعتبارها حقوقا عينية تخول التتبع فى مواجهة الادارة الى اعتبارها حقوقا من نوع خاص تتمتع بملامح الحقوق العينية دون سلطة التتبع ، الى اعتبارها أخيرا مجرد حقوق شخصية تتحول الى تعويض عند اخلال الادارة بها ( راجع فى تحليل هذا القضاء : محمد زهير جرانه ، ص ٢٣٧ وما بعدها والمرجع المشار اليها فيه ) . أما فى مصر فقد ذهب القضاء المختلط الى اعتبار حق استعمال الترع العمومية حق ارتفاق وارد على شىء عام ؛ وعوض صاحبه على هذا الاساس عن ردم الترعة العامة أو حبس المياه مؤقتا عنها ، ولكنه تردد فى تكييف منافذ التطرق من اعتبارها حقوق ارتفاق الى اعتبارها مجرد رخص لا يمكن التعويض من المساس بها . وأما المحاكم الاهلية فقد رأت فى منافذ التطرق حقوقا ، الا أنها تحاشت وصف هذه الحقوق أو تحديد طبيعتها ( راجع الاحكام المشار اليها فى محمد زهير جرانه ، ص ٢٦٣ وما بعدها ) .

وتمنع امكان قيام استثناء عليه ، سواء بعمل منفرد من جانب الادارة أو بالاتفاق بينها وبين أصحاب الشأن ، ما لم يسمح بذلك نص القانون المنشىء للارتفاق ، على الخصوص فيما يتعلق بوعاء الارتفاق • وتعلق الارتفاق بالنظام العام هو الذى يفسر أيضا امتناع التخلص منه عن طريق التخلى عن العقار المتعلق به ، فى أغلب الأحيان •

## المطلب الثانى

### نطاق الملكية والثروة القومية

٨٦ ـ رأينا ماتمثله الأشياء المختلفة من أهمية بالنسبة للمجتمع ، وكيف أن هذه الأهمية تقتضى منه فرض رقابة على استثمارها وتوزيع ناتجها أيا ما كان المالك لها • هذه الرقابة تبلغ أقصى مداها فى النظام الاشتراكى حيث يخضع الانتاج والتوزيع للتخطيط الشامل ، وحيث يخضع للخطة كل من الملكية العامة والملكيات الخاصة •

وتتمثل هذه الرقابة من ناحية فى تنظيم الانتاج بأنواعه المختلفة ، كما هو الحال فى تحديد المساحات التى تزرع من المحاصيل المختلفة وفى التدابير الواقية للمحاصيل الزراعية من الافات وفى تجميع الاستثمار الزراعى والدورة الزراعية ، كما تتمثل هذه الرقابة من ناحية أخرى فى تحديد علاقة المالك بغيره من مستأجرين وعمال وعملاء ، كما هو الشأن فى القوانين المتعلقة بامتداد الايجار بقوة القانون وتحديد الأجرة ، أو المحددة لأجر العامل وحقوقه المختلفة ، أو المتعلقة بتحديد أثمان السلع المختلفة • ولن نعرض لهذه التنظيمات المختلفة ، فبعضها يرد فى تشريعات متغيرة متفرقة يصعب تجميعها ، وبعضها محل دراسة تفصيلية فى أماكن أو فروع أخرى من فروع القانون ، كما هو الآن فى تشريعات

الايجار وفى تشريع العمل • ونكتفى فى هذا الصدد ببيان مدى امتداد ملكية الأرض الى ما فوقها وما تحتها لنتبين كيف اقتضت حماية الثروة القومية انتزاع بعض العناصر التى كان من المفروض أن تمتد اليها الملكية الفردية لتصبح ملكا للدولة •

**امتداد ملكية الشيء الى ثماره ومنتجاته وملحقاته :**

٨٧ ـ اذا كان نطاق الملكية يتحدد بالشيء الواردة عليه ، فمن البديهى أن تمتد هذه الملكية الى كل عناصر هذا الشيء الجوهرية باعتبارها أجزاء من الشيء محل الملكية ، فيمارس المالك حقه عليها بناء على نفس السبب الأصلى لملكيته • فمالك البناء مثلا يملك جميع الأجزاء المكونة له من جدران وأسقف وأرضيات وشبابيك وأبواب ••• وقد نصت المادة ٨٠٣ من التقنين المدنى على ذلك بقولها : « مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير » •

كذلك فان ملكية الشيء تمتد الى ثماره ومنتجاته وملحقاته • وقد عرفنا المقصود بالثمار والمنتجات • وتمتد الملكية الى الثمار بمقتضى سلطة الاستثمار ، وتمتد الى المنتجات باعتبارها أجزاء من الشيء الواردة عليه الملكية • أما الملحقات فيقصد بها بصفة عامة كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء أو للتمتع به على أى وجه كان ، طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء أو العرف • فاذا ما ثبتت ملكية الشيء لشخص معين كان ذلك قرينة على ملكيته لكل ثماره ومنتجاته وملحقاته • ولكن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ، فيجوز أن يقام الدليل بداهة على أن الثمار أو المنتجات أو الملحقات ملك لشخص آخر غير المالك • وقد نصت المادة ٨٠٤ من التقنين المدنى على ذلك بقولها : « لمالك الشيء

الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفـــاق يخالف ذلك » •

واذا كان تحديد نطاق الملكية ، يبدو على هذا النحو ميسورا ، فان الصعوبات لا تلبث أن تثور بصـــدد ملكية الأرض • فالأرض تفترض سطحا معينا يوجد فوقه علو ويوجد تحته عمق ، فالى أى حد تمتد الملكية الى هذا العلو آو العمق ؟

**امتداد ملكية الارض الى العلو والعمق :**

٨٨ ــ تشمل ملكية الأرض ملكية العلو والعمق • ومرجع ذلك أن ملكية سطح الأرض منفصلا عن العلو آو العمق تعتبر عديمة الفائدة ، اذ لا تمكن من آى وجه من آوجه الانتفاع بالأرض • وقد نصت المــادة ٨٠٣/٢ من القانون المدنى على هذه القاعدة بقولها : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بهــا علوا أو عمقا » •

وملكية العلو هى التى تمكن المــالك من البناء أو الغراس فى أرضه أو مد الأسلاك فوقها ، وهى التى تمكنه من منع الآخرين من مثل هذا البناء أو الغراس أو من مد مثل هذه الأسلاك •

وملكية العمق تعنى فى الأصل تخويل مالك الأرض أن يستخرج من جوفها الأحجار والمعادن والأتربة ، وأن يمد فيه ما يشـــاء من أنابيب وأسلاك ، وأن يقيم فيه ما يشاء من منشآت وأنفاق وممرات ، وأن يحفر فيه ما يلزمه من آبار • واذا كانت مثل هـــذه المكنات تثبت لمــالك الأرض ، فمعنى ذلك أنه يستطيع أن يمنع الغير منها ، ويستطيع المطالبة بازالة كل ما قد يقوم به الغير من ذلك دون رضاه • فله مثــلا أن يطالب

بقطع جذور الأشجار التى تمتد فى باطن أرضه أو بهدم ما قـد يمـده الغير فيها من منشآت [1] •

ولقد كان الفقه القديم يذهب فى تفسير هذا الوضع الى القول بأن مالك الأرض يملك طبقة الهواء التى تعلو أرضه وتمتد ملكيته للأرض عمقا الى ما لا نهاية • وقد أخذ على هذا الرأى صبغته النظرية من حيث أن الملكية لا يتصور ممارستها على أبعد من ارتفاع أو عمق معين وأن الحقوق لا تعطى للأفراد الا للتمتع بها ، فاذا لم يكن هناك وجه متصور للانتفاع بالشيء لا يصبح هناك محل لتقرير حق الملكية عليـه • لذلك يذهب الفقه فى ظل الاتجاه الاجتماعى الحديث وحيث برزت الوظيفـة الاجتماعية للملكية،الى تحديد ملكية العلو أوالعمق بالحد الممكن الانتفاع به، بحيث لا تكون هناك ملكية أو استئثار فيما وراءه • وقد أخذ المشرع المصرى بهذا النظر فنص فى المـادة ٢/٨٠٣ على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها ، علوا أو عمقا » •

**انفصال العلو او العمق عن ملكية الارض :**

٨٩ ــ اذا كانت ملكية الأرض تشمل فى الأصل الحق فى اسـتعمال العلو أو العمق على النحو السابق ، فمن الممكن انسلاخ هـذا أو ذاك عنها • فقد يترتب للغير حق فى البناء أو الغراس على هذه الأرض بنص فى القانون أو بتصرف قانونى • وقد يكون لشخص غير مالك الأرض حق معين على بعض عناصر العمق • وقـد عبر المشرع عن المعنى السـابق بنصه فى المـادة ٣/٨٠٣ على أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفـاق أن تكون ملكية السطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » • وقد

---

(١) فى هذا المعنى : طنطا الكلية ١٩٢٦/٢/٩٠ ، المحاماة ، ٦ ، رقم ٣٠٤ ، ص ٤٣٥ • على أنه يلاحظ أن هذا الحكم يذهب الى ابعد من ذلك فيخول المـالك أن يقوم بنفسه بقطع جـذور الاشـجار •

تضمن مشروع التقنين المدنى مثل هذا النص مع استبدال لفظ « العمل القانونى » بلفظ « الاتفاق » لأن العمل القانونى أعم فى الدلالة على معنى الارادة .

ومقتضى ذلك أن ملكية الأرض تعتبر قرينة على ملكية العلو ، ولكنها قرينة بسيطة يمكن اقامة الدليل على عكسها ، باثبات أن القانون أو مالك الأرض قد خول الغير عنصرا أو أكثر من عناصر العلو أو العمق [1] .

**ملكية المناجم والمحاجر :**

٩٠ ـــ على أنه اذا كانت ملكية العمق الى الحد المفيد فى التمتع به تخول المالك الاستئثار بما فى باطن الأرض ، فقد أخرج المشرع المصرى مواد المناجم والمحاجر من نطاق الملكية الخاصة واعتبرهـــا من أملاك الدولة . ومرجع ذلك ما تقتضيه مصلحة الاقتصاد القومى من هيمنـــة الدولة على هذه المواد التى باتت من الأسس التى يرتكز عليها بنـــاء الاقتصاد القومى ، خاصة وأن وجودها فى أرض يملكها أحد الأفراد انما هو من عمل الطبيعة لا فضل لمـــالك الأرض فيه . وقد قامت على تنظيم استثمار هذه المواد منذ سنة ١٩٤٨ عدة قوانين كان آخرها القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ .

وتنص المـــادة الثالثة من هذا القانون على أنه : « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد فى المناجم من مواد معدنية فى الأراضى المصرية والميـــاه الاقليمية . وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحـــاجر عدا مواد البناء ـــ الأحجار الجيرية والرملية والرمال ـــ التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » . ويتضح من هذا النص أن للمالك استعمال العمق الاستعمال العادى للملكية بالبناء أو الحفر أو مد الأنابيب الى غير ذلك،

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٤٠/٥/٢٣ ، مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ٦٣ ، ص ٢١٦ نقض مدنى ١٩٥٥/١١/٣ ، مجموعة الكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ، ٢ ، ص ٩٦٠ .

ولكن ليس له استعمالها بأخذ ما يوجد فيها من مواد معدنية أو خامات المحاجر اذ تعتبر هذه الأخيرة ملكا للدولة بقوة القانون .

وقد حددت المادة الأولى من نفس القانون « المواد المعدنية » بأنها « المعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما فى حكمها والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التى توجد على سطح الأرض أو فى باطنها وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الأرض اذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها ولا تدخل فى ذلك الأملاح التبخرية التى تستخرج بطريق التبخر » ، وحددت « خامات المحاجر » بأنها « مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات المون والبلاط والأحجار الصناعية والدولوميت ورمال الزجاج وما يماثلها » .

وقد كان القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يراعى جانب مالك الأرض فى البحث عن المعادن والأحجار واستثمارها ؛ فيجعل له الأولوية على الغير فى البحث عن المواد المعدنية والحجرية أو استثمارها ، ويعفيه من الايجار المقرر للحكومة فى مقابل الترخيص بالبحث عن المواد المعدنية ( م ١٥/٢ و ٣ ) ، فاذا لم يقم بالبحث والاستثمار بنفسه وصدر الترخيص للغير بهذا البحث والاستثمار فيكون لمالك الأرض نصف الايجار المقرر على هذا الغير نظير الترخيص ( م ١٥/٥ و م ٣٢/٢ ) ؛ وينص على جواز اعفاء المالك المرخص له فى استثمار المحجر من دفع اتاوة الاستثمار وذلك فيما يتعلق بمواد البناء اذا كان يستخرجها بقصد استعماله الخاص ( م ٣٢ ) .

ولكن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ قد أنهى تراخيص البحث وعقود استثمار المناجم ، وكذلك استثمار بعض المحاجر الممنوحة للقطاع العام . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن : « تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال الجبس

والرمال البيضاء الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص » • ونصت المـادة الثانية على أن : « تؤمم الأصول المستخدمة فى الاستغلال وتؤول ملكيتها الى الدولة » • ونصت المـادة السادسة على أن : « يرخص لوزير الصناعة فى اسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار اليها فى المـادة الأولى الى شركات القطاع العام » •

على هذا النحو أصبح البحث عن المعادن فى المناجم واستثمار هـذه المناجم قاصرا على القطاع العام • أما بالنسبة للمحاجر فيجوز الترخيص فى البحث عنها واستثمارها للأفراد أو شركات القطاع الخاص ، فيما عدا محاجر الجبس والرمال البيضاء فتأخذ حكم المناجم •

ويلاحظ أن ما يوجد فى الأرض من أشياء ذات قيمة أثرية لا يكون لمـالكها وانما يعتبر من الأموال العامة ، وان كان لمن يعثر عليها الحصول على مكافأة معينة ( القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ) •

# الباب الثالث

# أوصاف الملكية

٩١ — يتناول المشرع المصرى أوصاف الحق فى القسم الأول من التقنين المدنى المتعلق بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فيعرض لكل من الشرط والأجل وتعدد محل الالتزام أو الحق وتعدد أطرافه ، دون أن يتعرض لهذه الأوصاف فى القسم الثانى منه المتعلق بالحقوق العينية •

وقد جرى الفقه بالفعل على تناول هذه الأوصاف فى دراسته للالتزام أو الحق الشخصى • غير أن المشرع قد تعرض بالتفصيل فى القسم الثانى من التقنين المدنى للشيوع ، فبين أحكامه ، ثم تعرض لبعض صور خاصة منه تتميز بعدم قابليتها للقسمة وتعرف بالشيوع الاجبارى • ومسلك المشرع المصرى فى هذا الشأن يثير التساؤل عما اذا كانت الملكية يمكن أن تكون موصوفة بوصف من الأوصاف السابقة وما اذا كان الشيوع يعتبر وصفا من أوصاف الملكية •

على هذا النحو يقتضى تفصيل القول فى أوصاف الملكية التعرض لأوصاف الملكية بصفة عامة ، لتحديد الأوصاف التى يمكن أن ترد عليها ومدى تأثيرها فى أحكامها ، فاذا ما انتهينا الى تحديد الأوصاف التى ترد على الملكية والى أن الشيوع يعتبر أحد هذه الأوصاف ، كان علينا أن نعرض للتنظيم الذى خص به المشرع الشيوع كوصف للملكية سواء فى وضعه العادى أو فى صورته الخاصة التى يكون فيها اجباريا ، محيلين فى الأوصاف الأخرى الى موضع دراستها فى نظرية الالتزام أو الحق الشخصى •

الفصل الأول : أوصاف الملكية بصفة عامة •

الفصل الثانى : الشيوع العادى •

الفصل الثالث : الشيوع الاجبارى •

# الفصل الأول

## أوصاف الملكية بصفة عامة

**اوصاف الملكية الواردة على الحق الشخصى :**

٩٢ ــ أول ما يلاحظ فى هذا الشأن هو أننا قد انتهينا الى أن الالتزام أ والحق الشخصى يتضمن فى الواقع حق ملكية اذا ما نظرنا اليه كقيمة مالية ، بجانب علاقة المديونية بين الدائن والمدين • وعلى ذلك فملكية الحق الشخصى يمكن أن تكون موصوفة بوصف من الأوصاف السابقة اذا ما كان هذا الوصف يلحق الحق الشخصى فيما يتضمنه من قيمة مالية دون أن يقتصر على العلاقة بين الدائن والمدين • فيمكن أن تكون ملكية الحق الشخصى معلقة على شرط أو مضافة الى أجل ، اذ الشرط يترتب عليه وجود الحق أو انقضاؤه والأجل يترتب عليه حلول الحق أو انتهاؤه • وبالمثل يمكن أن يتعدد محل الملكية فى الحق الشخصى فيكون تخييريا أو بدليا • وأخيرا يمكن أن يتعدد أصحاب الحق الشخصى ، كما اذا كان الحق غير قابل للانقسام • أما تعدد المدين بالالتزام فهو لا يلحق ملكية الحق الشخصى وانما يلحق علاقة المديونية التى يتضمنها هذا الحق وحدها ، اذ الملكية لا تنصرف الا الى القيمة المالية التى يتضمنها هذا الحق دون العلاقة المذكورة •

**اوصاف الملكية الواردة على الشخص المعنوى :**

٩٣ ــ واذا كانت الأوصاف السابقة تلحق ملكية الحق الشخصى ، فهل يمكن أن تلحق هذه الأوصاف أيضا ملكية الشخص المعنوى وفقا

لما سبق أن قلنا به من ورود الملكية على الشخص المعنوى ؟ من المتصور أن تكون نشأة الشخص المعنوى أو انقضاؤه معلقة على شرط فتكون ملكيته معلقة على هذا الشرط • كذلك يمكن أن تكون نشأة هذا الشخص مضافة الى أجل ، كما أن انقضاؤه يكون دائما مضافا الى مثل هذا الأجل • أما محل ملكية الشخص المعنوى فلا يتصور بالعكس أن يكون تخييريا أو بدليا ، اذا الشخص المعنوى ـ محل الملكية ـ لايمكن أن يكون الا واحدا غير متعدد • وأما تعدد أصحاب الشخص المعنوى فهو الوضع الغالب فى ملكية الشخص المعنوى كلما كان هذا الشخص شركة تفترض أكثر من شريك واحد •

**أوصاف الملكية الواردة على الشيء :**

٩٤ ـ وبمثل ما استبعدنا تعدد المحل فى نطاق الملكية التى ترد على الشخص المعنوى ، فانه يمكن استبعاده من نطاق الأوصاف التى ترد على ملكية الأشياء • فهذه الملكية تبدأ بملكية لحق شخصى ولا تتحول الى ملكية للشيء الا بعد تعيين الشيء الذى يكون محلا لها تعيينا تاما ، مما يفترض سلفا قيام المتصرف باجراء الاختيار أو الابدال فى حالة كون ملكية الحق الشخصى موصوفة بوصف التخيير أو البدل •

وملكية الشيء قد تكون معلقة علىشرط ، كما أنه من المتصور اضافتها الى أجل ، وقد يلحقها وصف تعدد أصحاب الحق كما هو الحال فى الشيوع •

**الشرط :**

٩٥ ـ والشرط كما هو معلوم يلحق التصرف القانونى • فاذا كان التصرف القانونى الذى يلحقه الشرط ينقل ملكية شيء ، سواء كانت هذه

الملكية ملكية تامة أو ملكية ناقصة ، فانه يصبح هناك حقان على هذا الشىء حتى يتحدد مصير الشرط المعلق عليه هذا التصرف . فاذا كان هذا التصرف بيعا ، وكان هذا البيع معلقا على شرط واقف ، فان البائع يكون له على الشىء المبيع حق ملكية معلق على شرط فاسخ ، والمشترى يكون له حق ملكية معلق على شرط واقف على هذا الشىء . واذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ كان المشترى هو صاحب الملكية المعلقة على شرط فاسخ ، وكان البائع هو صاحب الملكية المعلقة على شرط واقف .

على أن هذه الملكية المعلقة مآلها دائما الى الثبوت لأحد طرفى التصرف الناقل للملكية . فاذا لم يتحقق الشرط ثبتت الملكية للطرف الذى كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ، واذا تحقق هذا الشرط ثبتت الملكية بأثر رجعى للطرف الذى كانت ملكيته معلقة على شرط واقف .

ونجد وضعا مماثلا لهذا الوضع الناشىء عن الشرط فى حالة بطلان التصرف الناقل للملكية أو فسخه أو زواله ، نتيجة للأثر الرجعى للبطلان أو الفسخ أو الزوال .

ويلاحظ أن حق صاحب الملكية المعلقة على شرط فاسخ يكون « حالا » ، ومن ثم يجوز له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف . فاذا ما ثبتت له الملكية ، عند عدم تحقق الشرط ، كان طبيعيا أن تظل صحيحة جميع الأعمال التى كان قد اتخذها أثناء تعليق ملكيته بناء على ما له من سلطات باعتباره مالكا ، من قبض للثمار وادارة وتصرف . أما اذا زالت عنه الملكية بتحقق الشرط ، فان منطق الأثر الرجعى للشرط يؤدى الى زوال جميع ما يكون قد اتخذه من أعمال استنادا الى سلطاته باعتباره مالكا . ومع ذلك فان المالك تحت شرط فاسخ الذى زالت ملكيته بأثر رجعى يظل محتفظا بالثمار التى قبضها ، كما تظل صحيحة أعمال الادارة الصادرة منه ( م ٢٦٩/٢ ) وكذلك أعمال

التصرف اذا كان المتصرف اليه حسن النية ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن ( م ١٠٣٤ مدنى ) •

أما حق صاحب الملكية المعلقة على شرط واقف فلا يكون « حالا » ، ومن ثم فلا يكون له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف • فاذا ما ثبتت له الملكية بعدم تحقق الشرط ارتد أثر ثبوتها الى وقت نشأة التصرف اعمالا للأثر الرجعى للشرط ، بما يترتب على ذلك من تصحيح ما يكون قد صدر عنه من أعمال كقبض الثمار أو الادارة أو التصرف • أما اذا زالت عنه الملكية بتحقق الشرط فتتأيد عدم أحقيته لممارسة سلطات الملكية فى فترة التعليق ، بما يترتب على ذلك من بطلان ما يكون قد صدر عنه من تصرفات قانونية تمس الشيء محل الملكية •

**الأجل :**

١٦ ــ الأجل قد يعلق عليه حلول الحق أو انقضاؤه • وقد سبق أن رأينا أن الأجل بنوعيه يلحق ملكية الحق الشخصى ، فهل يمكن أن يلحق كذلك ملكية الشيء ؟

من المسلم به أن حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى حقوق مؤقتة بطبيعتها فيجوز أن تكون مضافة الى أجل فاسخ تنقضى بحلوله • كما أنه من المسلم به ، أن التأقيت وان لم يكن من طبيعة حق الارتفاق الا أن هذا الحق يمكن أن يكون مضافا الى أجل فاسخ ينقضى بحلوله • ومن المسلم به كذلك ، أن هذه الحقوق جميعا يمكن أن يحدد لها فى التصرف المنشىء لها تاريخ معين تبدأ منه ممارسة صاحبها لها فتكون مضافة الى أجل واقف • ولكن الخلاف قد احتدم فى الفقه حول امكان أو احتمال وجود وضع تضاف فيه الملكية التامة الى أجل معين ، بحيث يكون هناك مالك للشيء قبل حلول هذا الأجل ومالك آخر له بعد حلوله • ويعالج

الفقه هذه المشـــكلة تحت فكرة « تأقيت الملكيـــة » أو « مبـــدأ دوام الملكية » •

فقد ذهب جانب من الفقه الى أن الملكية ( التامة ) لا تقبل التأقيت لمدة معينة على عكس الحقوق العينية الأخرى التى تقبل جميعها التأقيت بل قد يكون التأقيت من جوهرها • ومرجع ذلك أن الملكية تفترض تسلط المـــالك على رقبة الشىء بحيث يكون له التحكم فى وجوده وفى كيانه ومصيره • وهذا التحكم اذ يفترض امكان القضاء على الشىء أو اخراجه من الذمة يتنافى منطقا مع التأقيت • ومن ثم فاذا اشـــترط فى التصرف المكسب للملكية أن تتحدد ملكية المتصرف بمدة معينـــــة تعود الملكية بانقضائها الى المتصرف ( أو اشترط ألا تبدأ ملكية المتصرف اليه الا من تاريخ معين ) فيكون هذا الاتفاق باطلا •

وذهب جانب آخر من الفقه الى أنه من المتصور منطقا أن تتقرر لشخص ملكية شىء مدة معينة يكون له خلالها كافة ســلطات الملكيـــة بما فى ذلك التصرف فى رقبة الشىء ، بحيث اذا قام فعلا بالتصرف فى الشىء تصرفا ماديا أو قانونيا فى المدة المحددة انقضت ملكيته له بمقتضى هذا التصرف ، واذا انتهت المدة المحددة للملكية انقضت ملكيته بانقضاء أجلها وعادت ملكية المالك الأصلى • ويؤدى منطق هذا الرأى كذلك الى امكان تصور أن تتقرر لشخص ملكية الشىء ابتداء من تاريخ معين بحيث تظل هذه الملكية للمالك الأصلى حتى هذا التاريخ ويكون له فى هذه الفترة سلطات الملكية فاذا ما تصرف فى الشىء انقضت ملكيته ومعهـــا ملكيـــة المتصرف اليـــه ، واذا لم يتصرف فى الشىء فى هذه الفترة انقضت ملكيته وابتدأت ملكية المتصرف اليه من وقت حلول الأجل المعين •

ويذهب جانب ثالث من الفقه الى امكان تأقيت الملكية من الناحيـــة المنطقية ، ولكنهم ينكرون امكان تحقق ذلك من الناحية العملية ، اذ أنه من

الصعب تصور نزول شخص لآخر عن ملكيته نزولا مؤقتا بمدة معينة تعود بعدها الملكية اليه • فمثل هذا الاتفاق يجعل حقه فى استعادة ملكيته بعد انقضاء الأجل رهنا بارادة المالك المؤقت الذى يستطيع دائما أن يقضى على الشيء قبل حلول الأجل ، ولذلك لا يجازف أحد عادة بنقل ملكية شيء الى شخص آخر نقلا مؤقتا • والواقع أنه يمكن دائما الوصول الى الغرض العملى من الملكية المؤقتة عن طريق حق الانتفاع الذى يخول المنتفع منفعة الشيء مدة معينة دون التصرف فيه بحيث يضمن المالك اجتماع عناصر الملكية لديه بانقضاء الانتفاع •

على أنه اذا كان من الصعب فى الأحوال العادية أن نجد عملا ملكية مؤقتة الا أن الحياة العملية تقدم لنا بعض الصور النادرة لهذا الوضع • من ذلك مثلا الصورة التى يبنى فيها المستأجر على الأرض المؤجرة ويتملك البناء باذن من المؤجر • ففى هذه الحالة يكون المستأجر مالكا للبناء طوال مدة الايجار وتكون له كافة عناصر الملكية بما فى ذلك ازالة البناء • فاذا انتهت مدة الايجار دون أن يقوم المستأجر بازالة البناء تملكه المؤجر بحكم الالتصاق نظير دفع تعويض معين •

**تعدد الملاك :**

٩٧ ــ والملكية تثبت للشخص الواحد على الشيء ، فيقال لها ملكية مفرزة • ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء، فيقال لها ملكية شائعة •

والمقصود بالملكية الشائعة فى هذا الصدد حالة وجود حقوق لأكثر من شخص على نفس الشيء يتضمن كل منها جميع سلطات الملكية • وهى تختلف على هذا النحو عن كل من الملكية التى تثبت للشخص المعنوى وعن توزع سلطات الملكية على الشيء بين أكثر من شخص واحد • فقد

رأينا أن اسناد الملكية الى الشخص المعنوى يحفظ للمالك وحدته من الناحية القانونية ، وان كان الشخص المعنوى ذاته قد يكون مملوكا فى النهاية لأشخاص متعددين • كذلك رأينا أن اقتطاع منفعة الشىء كلها أو بعضها وتخويلها لشخص غير مالك الرقبة ــ كصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق ــ يؤدى الى تعدد الحقوق على الشىء الواحد مع بقاء كل منها مستقلا بصاحبه •

غير أن الشيوع لا يقتصر على الملكية التامة ، وانما يمتد أيضا الى الملكية الناقصة فى صورها المختلفة من انتفاع واستعمال وسكنى وارتفاق • وتنطبق على هذا الشيوع نفس الأحكام التى وضعها المشرع بالنسبة للشيوع فى الملكية التامة كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها •

٩٨ ــ وقد أورد المشرع أحكام الشيوع تحت عنوان «الملكية الشائعة» كما نصت المادة ٨٢٥ على انه « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع •• » مما يدل على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية • ومع ذلك فان تميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شىء واحد فى نفس الوقت ــ خلافا للوضع العادى للملكية ــ حيث لا يوجد على الشىء الواحد غير حق ملكية واحد فى وقت واحد ــ قد أثار وما يزال يثير الشك حول طبيعة حق الشريك على الشيوع [1] •

وقد بدأ جانب من الفقه من هذه النقطة ــ وهى تعدد الحقوق على الشىء الواحد فى وقت واحد ــ فقالوا بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادى معين ، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٢ •

الا حقا شخصيا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء ( كالثلث أو الربع ) ، واقتضاء تعيين نطاق مادى فى الشيء الشائع يقابل النسبة التى تكون له فى منافعه عن طريق القسمة ، حتى اذا ما قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادى محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك الى حق ملكية بالمعنى الدقيق [1] .

ثم لاحظ بعض هذا الفقه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصى يؤدى الى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع ، وهى نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية ، فاتجه الى القول بأن الملكية فى حالة الشيوع تكون لمجموع الشركاء المشتاعين، باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء كل منهم على حدة . على هذا النحو يكون للوحدة المتمثلة فى مجموع الشركاء المشتاعين ملكية الشيء ويكون لكل شريك مجرد حق شخصى قبل هذه الوحدة .

ولكن هذا التكييف لحق الشريك المشتاع لا يستجيب الى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعى . فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع ولا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصى قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم . ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة فى مجموع المشتاعين ، اذ الحقوق فى قانوننا الوضعى لا تثبت الا للأشخاص، ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية . وحتى اذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية

---

(١) انظر : جوسران فى بحث له عن الملكية الجماعية ، الكتاب المئوى للقانون المدنى الفرنسى ، ص ٣٧٢ ( اشار اليه منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ، ص ١٢٨ ) .

فان معنى ذلك أن تتملك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفى معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك .

وقد بدأ جانب آخر من الفقه من التسليم بأن الشريك على الشيوع له سلطات مباشرة على الشيء الشائع ، هى نفس سلطات المالك ، ولكنه لاحظ أن مباشرة الشريك على الشيوع لهذه السلطات يختلف عن مباشرة المالك لها ، فى أن الشريك على الشيوع يواجه بسلطات مماثلة لشركائه على نفس الشيء فيتقيد بها ، بعكس المالك الذى يستقل بالشيء المملوك له فلا يزاحمه أحد فى ممارسته لسلطاته . لذلك ذهب هذا الجانب من الفقه الى القول بأن حق الشريك على الشيوع يعتبر حقا عينيا بالمعنى الدقيق ، ولكنه ليس حق ملكية وانما حق عينى من نوع خاص [1] .

ولكن القول بأن حق الشريك المشتاع حق عينى من نوع خاص لايكفى لتعيين النظام القانونى للشيء الشائع . فمن المسلم أن السلطات المتصورة على الشيء ان اجتمعت لشخص معين كان حقه حق ملكية تامة ، وان اجتمع لشخص معين بعضها فقط دون البعض الآخر كان لهحق ملكية ناقصة أو حق من الحقوق المتفرغة عن الملكية ، كما يجرى التعبير فى لغة الفقه . ولذلك لا مناص من التسليم بأن الشيء يتحمل بحق ملكية بالضرورة حتى يتعين نظامه القانونى . ولما كان من غير الممكن ــ كما سبق القول ــ اسناد هذه الملكية للوحدة المتمثلة فى مجموع الشركاء ، فيلزم القول بأن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح [2] .

---

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. ci.t, No. 59.

Ionasco, La copropriété d'un bien, Paris 1930, p. 278 ;

(٢) من هذا الرأى فى فرنسا :

Planiol, Repert et Boulanger, Traité de droit civil, T. II, No. 2271.

وليس فى اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكيـة بالمعنى الصحيح ما يخرج بفكرة الملكية عن طبيعتها . فاذا كانت الملكية ــ كمـا يقال ــ حقا استئثاريا مانعا ، فالمقصود بذلك أنه يمتنع على غير المـالك الاستفادة من الشيء ، لا أن يمتنع على أحد ملاك الشيء أن يفيد منـه فى حـدود مضمون حقه . وواضح أن لكل شريك مشتاع الاستفادة من الشيء فى جميع منافعه ومظاهره فى حدود النسبة التى يملكها فى هذا الشيء . أما أخذ الاستئثار فى الملكية بمعنى عدم تصور المشاركة فى الانتفاع بالشيء ولو بناء على حق يحميه القانون ، فانه يعتبر من بقـايا النظرة الفردية الخالصة للملكية التى لم يعد لها محل فى القانون الوضعى أو فى التصوير النظرى لحق الملكية .

٩٩ ــ واذا كان حق الشريك المشتاع على هذا النحو حق ملكية ، فهل يختلف هذا الحق عن حق الملكية فى صورته المفرزة ؟ تذهب النظرية التقليدية المستمدة من القانون الرومانى الى تصـوير حق الشريك على الشيوع تصويرا يجعله مستقلا عن حقوق الشركاء الآخرين على نحو يبدو معه غير مختلف عن حق الملكية المفرزة . ففى اتجاه أول لهذه النظرية ، يعتبر حق الشريك المشتاع حقا فى « حصة معنوية » من الشيء الشـائع تمثل نصيبه فى كل ذرة من ذراته ، على نحـو يبدو معه للشيء وجـود معنوى غير ملموس يمكن تقسيمه بين الشركاء وتبـدو الحصـة المعنوية لـكل منهم فيـه منفصـلة عن حصـص الشركاء الآخـرين . فمحـل حق ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية التى يتصور انفصالهـا عن حصص الشركاء الآخرين وليس هو الوجود المـادى للشيء ، ذلك الوجود الذى يتحدد لكل شريك جزء فيه [1] .

وفى اتجاه آخر لهذه النظرية ، يعتبر حـق كل شريك من الشركاء

---

(١) كان الفقهاء الرومان يعتبرون أن لكل شريك جزءا فى كل ذرة من ذرات الشيء الشائع .

منفصلا عن حقوق الشركاء الآخرين ، ولكن ليس على أساس تصور انقسام الشيء محل الملكية بين الشركاء فى وجوده المادى أو المعنوى وانما على أساس انقسام حق الملكية الوارد على الشيء ذاته فيما بين الشركاء [1] .

ولكن هذه النظرية بشقيها لا يمكن التسليم بها . فلا يمكن القول بأن محل ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية ، اذ أن محل الملكية يجب أن يتمثل فى كيان ذاتى مستقل يسمح باعتباره شيئا معينا بالذات ، فضلا عن أن هذا القول يعود بنا الى التساؤل عن مالك الشيء فى كيانه المادى . ولا يمكن القول بانقسام حق الملكية ذاته الى أجزاء كل منها يعتبر حق ملكية عادى ، لأن التسليم بذلك يفترض بالضرورة تميز محل كل حق عن محال الحقوق الأخرى [2] .

لذلك فالنظرية الحديثة تسلم بتميز حق ملكية الشريك على الشيوع عن حق الملكية المفرزة ، وان كانت هى الأخرى تختلف فى تقدير مدى هذا التميز .

ففى تصوير أول لهذه النظرية ، يرد حق الشريك المشتاع على الشيء الشائع كله ، مثله فى ذلك مثل المالك ملكية مفرزة ، ولكن سلطات كل شريك على الشيء تحد منها سلطات الشركاء الآخرين على نفس الشيء، وهذا هو وجه الخلاف الوحيد بين ملكية الشريك المشتاع وبين ملكية المالك ملكية مفرزة ، وهو خلاف لا يطعن فى أن حق الشريك المشتاع حق ملكية تام من حيث المبدأ [3] .

(١) انظر فى ذلك : اسماعيل غانم ، بند ٨٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٣ .
(٢) منصور مصطفى منصور ، الموضع السابق .
(٣) فى هذا المعنى : **Bayer, La notion de transaction, 1947, p. 409.**
وقارب : حسن كيرة ، بند ١٠٤ ، وبحثه فى تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشيء الشائع ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٣/٦٢ ، بند ٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٦ ، السنهورى ، بند ٤٨٦ .

وفى تصوير آخر لهذه النظرية ، لا يقتصر الخلاف بين حق الشريك المشتاع وبين حق المالك ملكية مفرزة ، على أن الأول مقيـد فى مباشرته لحقه بحقوق الشركاء الآخرين ، وانما يتعدى الخلاف ذلك الى أصل الحق . فمضمون حق الشريك المشتاع أضيق من مضمون الملكيـة المفرزة ، اذ أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشىء ( كالنصف أو الثلث ) ، بعكس حق المالك ملكية مفرزة ، فهو يخوله كل مزايا الشىء . لذلك يذهب هذا التصوير الى أنه اذا كانت وحدة السلطات التى يخولها كل من الحقين تبرر الاعتراف لهما بوصف الملكيـة ، فان اختلاف مدى هذه السلطات يبرز الفصل بينهما كنوعين متميزين من أنواع الملكية [1]

على هذا النحو ، يخلص هذا الرأى الأخير الى أن الشيوع أوتعدد الملاك لا يمنع من اعتبار حق كل مالك حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وان كان هذا الحق يعتبر حقا موصوفا . ومقتضى هذا الوصف أن حق كل مالك معرض منذ نشأته ودون توقف على ارادة صاحبـه ، أن يتحول بالقسمة الى حق آخر هو حق ملكية مفرزة . وبناء على ذلك يكون لكل مالك فى الشيوع حق ملكية مفرزة احتمالى على أى جزء من أجزاء الشىء الشائع منذ نشأة حقه [2] .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٤ ، وبحثه فى « تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة ، وحماية كل شريك من تصرفات غيره » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، للسنة السادسة ، ص ١٠٤ و ١٠٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٥ ، وبحثه السابق ، بند ١٩ .

# الفصل الثانى

## الشيوع العادى

١٠٠ ــ الملكيــة الشائعــة منتشرة فى مصر • وهى تتــوافر فى الغالب نتيجة الميراث • فاذا توفى الشخص أصبحت ملكيته ملكية لورثته على الشيوع كل بنسبة حصته فى التركة • وكثــيرا ما يستبقى الورثة هذا الوضع فلا يقتسمون التركة أجزاء مفرزة بينهم حتى وفاتهم فيحــل محلهم ورثتهم وهكذا أجيالا متعاقبة يتزايد فيها عدد الملاك وتقل حصة كل منهم • على أن الملكية الشائعة يمكن أن تتوافر بصفة عامة ــ كمــا سوف نراه ــ اذا ما تعلق أى سبب آخر من أسباب كسب الملكيــة ، كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانونى ، بأكثر من شخص واحــد •

ولم يتعرض القانون الفرنسى والمصرى القديم للشيوع الا بقصــد انهائه عن طريق القسمة على اعتبار أنه وضع مؤقت غير مرغوب فيه ، دون أن يعنى بتنظيم الملكية الشائعة فى ذاتها من حيت ممارسة سلطاتهــا المختلفة • ولعل ذلك يرجع الى التصوير الفردى للحقوق بصفــة عامة وللملكية بصفة خاصة ، الذى كان مسيطرا على واضعى القانون الفرنسى ومن بعده القانون المصرى القديم • فمقتضى هذا التصــوير أن يكون للمالك وحده مباشرة السلطات المختلفة التى يخولهــا له حقه ، بحيث يجب اتفاق الملاك جميعا لمباشرة هذا السلطات اذا ما تعدد ملاك الشىء ، مما لا تبدو معه الحاجة ــ لأول وهلة ــ الى تنظيم خاص •

ولكن التطبيق العملي لهذا التصوير لم يلبث أن كشف عن قصوره. فقد بدا من العسير فى كثيرا من الحالات اتفاق ملاك الشيء جميعا بشأن ممارسة سلطات الملكية ، مما يترتب عليه فى الغالب تعطيل الاستفادة من الشيء الشائع الى حد بعيد . لذلك فقد عمل القضاء الفرنسى والمصرى جاهدا على سد هذا النقص ، وجاء القانون المدنى الجديد فى وقت كان فيه تصوير الملكية قد تغير وأصبح من المسلم أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية وأن سلطات الملكية يجب ممارستها فى ضوء هذه الوظيفة ، فوضع تنظيما للملكية الشائعة جعل فيه لارادة الأغلبية دورا رئيسيا فى ممارسة سلطات الملكية الواردة على الشيء الشائع بالرغم مما يكون فى ذلك من تعد على سلطات كل مالك على انفراد ، وخفف بذلك من الآثار الضارة التى تترتب على تعدد الملاك مع وحدة الشيء المملوك .

ودراسة الشيوع فى صورته العادية تقتضى — على هذا النحو — بيان أحكامه قبل دراسة القسمة كطريق لتحويل الملكية الشائعة الى ملكية مفرزة .

المبحث الأول : أحكام الشيوع .

المبحث الثانى : القسمة .

## المبحث الأول

### احكام الشيوع

١٠١ — انتهينا فيما سبق الى أن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يرد على الشيء الشائع كله كالملكية المفرزة، وان كان هذا الحق يتميز عن الملكية المفرزة فى أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشيء وفى أنه حق معرض منذ البداية الى أن يستبدل به حق ملكية مفرزة ترد على جزء من الشيء الشائع . وهذه الطبيعة الخاصة المزدوجة لحق الشريك المشتاع تنعكس بالضرورة على

أحكامه ، فيظهر أثرها فى حكم ما يجريه الشركاء من أعمال على الشىء الشائع سواء فيما يتعلق بحكمها قبل القسمة أو بعدها •

وسوف نعرض لأحكام الشيوع فى مطلبين ، تتناول فى الأول منهما الانتفاع بالشىء الشائع ، ونتناول فى الآخر التصرف فيه •

المطلب الأول : الانتفاع بالشىء الشائع •
المطلب الثانى : التصرف فى الشىء الشائع •

# المطلب الأول

## الانتفـــاع بالشىء الشـــائع

١٠٢ ــ لا شك أن الوضع الأمثل للانتفاع بالشىء الشائع هو أن تتم الأعمال اللازمة له باجماع الشركاء ، ولكن تعذر الوصول الى هـــذا الوضع الأمثل قد جعل المشرع يخول أغلبية الشركاء سلطات معينة بقصد تسهيل هــذا الانتفــاع • ومــع ذلك فان التســاؤل لا يزال قائمـــا حول حكم أعمال الانتفاع التى يقوم بهـــا أحـــد الشركاء منفردا أو يقوم بهـــا عدد من الشركاء لا تتـــوافر فيـــه الأغلبيـــة التى يتطلبهـــا القـــــــانون •

### ١ ــ الانتفاع الجماعى

**أعمال الانتفاع الصادرة من الشركاء مجتمعين :**

١٠٣ ــ للشركاء مجتمعين السلطة المطلقة فى ادارة الشىء الشـــائع وتوجيه الانتفاع به ، ويكون ما يأتون ما أعمال ملزما لكل منهم حتى بعد قسمة الشىء الشائع •

ويترتب على السلطان المطلق للشركاء مجتمعين فى ادارة الشىء الشائع أنه اذا قام الشركاء مجتمعين بتأجير جزء من الشىء الشائع ، ثم وقع هذا

الجزء فى نصيب أحدهم بالقسمة ، ظل هذا الايجار ملزما لهذا الشريك • واذا قام هؤلاء الشركاء بتعيين مدير من بينهم يتولى ادارة الشىء نيابة عنهم ، تكون أعمال هذا المدير ملزمة لهم • وقد يستخلص اتفاق الشركاء على تعيين مثل هذا المدير ضمنا ، كما اذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الآخرين ( مادة ٣/٨٢٨ ) [1] • واذا قام الشركاء مجتمعين بوضع نظام معين لادارة الشىء الشائع ولحسن الانتفاع به كان هذا النظام ملزما لخلفائهم جميعا طالمـا ظلت حالة الشيوع باقية ( م ٨٢٨ التى تخول هذه السلطة للأغلبية ) •

١٠٤ ــ ويترتب على سلطان جميع الشركاء المطلق فى توجيه الانتفاع بالشىء الشائع امكان قسمته لا قسمة نهائيــة ترد على الملكيــة وتفض الشيوع ، وانما قسمة مؤقتة ترد على منافعه أثناء قيــام الشــيوع ، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة •

وقسمة المهايأة قد تكون قسمة مكانية بأن « يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المــال الشــائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء » على ما تنص عليه المــادة ١/٨٤٦ • وقد راعى المشرع التنسيق بين الحد الأقصى لمدة قسمة المهايأة المكانية وبين المدة التى لا يجوز الاتفاق مقدما على البقاء فى الشيوع لأكثر منها وهى خمس سنوات ، فنص فى المــادة ٢/٨٤٦ على أنه : « لا يصح هذا الاتفاق ( على قسمة المهايأة المكانية ) لمدة تزيد على خمس سنين • فاذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليهــا ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن

---

(١) يلاحظ البعض ( منصور مصطفى منصور ، هامش ١ ص ١٣٤ ) أن اعتبار الشريك الذى ينفرد بعمل من اعمال الادارة وكيلا عن الباقين بحكم المــادة ٣/٨٢٨ قاصر على أعمال الادارة المعتادة ، كالتأجير ، لان هذه الاعمال هى وحدها التى عرض لها المشرع فى المــادة ٣/٨٢٨ . أما أعمال الادارة غير المعتادة فقد عرض لها المشرع فى المــادة ٨٢٩ ولم يضع بالنسبة لها حكما مماثلا لحكم المادة ٣/٨٢٨ •

الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد .

وقد تكون قسمة المهايأة قسمة زمانية « ... بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » على نحو ما تنص عليه المادة ٨٤٧ .

ولما كانت قسمة المهايأة بنوعيها لا يترتب عليها فض الشيوع ، وانما مجرد تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع ، فهى لا تخضع لأحكام القسمة النهائية . ويعتبر كل شريك فى انتفاعه بالجزء الذى اختص به فى القسمة المكانية فى مركز قريب من مركز المستأجر وشركاؤه فى مركز قريب من مركز المؤجر . لذلك نصت المادة ٨٤٨ صراحة على اخضاع قسمة المهايأة لأحكام الايجار « من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات » .

وعلى ذلك اذا تصرف أحد الشركاء فى حقه الشائع بعد قسمة المهايأة تكون هذه القسمة منتجة لأثرها فى حقه ، باعتباره خلفا خاصا للشريك المتصرف ، اذا توافرت شروط المادة ٦٠٤ من القانون المدنى . وبذلك يلتزم المتصرف اليه بالقسمة اذا كانت سابقة على نشأة حقه ولو لم يكن يعلم بها وقت ترتبه . ولكنها لا تكون نافذة فى حقه الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل ترتب حقه تطبيقا للمادة ١/٦٠٤ . ويجوز

---

(١) لا يمكن اعتبار الشريك فى قسمة المهايأة مستأجرا بالمعنى الدقيق الا اذا سلمنا بامكان انقسام محل الحق الشائع على النحو الذى كان يأخذ به فقهاء الرومان ومن بعدهم النظرية التقليدية ، اذ فى هذا التصوير وحده يمكن اعتبار الشريك مستأجرا لنصيب شركائه فى ذرات الجزء الذى يختص به فى قسمة المهايأة المكانية او فى كل ذرات الشىء فى قسمة المهايأة الزمانية . أما اذا سلمنا بأن محل الحق الشائع هو كل الشىء الشائع فلا يمكن اعتبار قسمة المهايأة بنوعيها من قبيل الايجار بالنسبة لكل شريك قبل شركائه . ولذلك قلنا ان الشريك يعتبر فى مركز قريب أو مشابه من مركز المؤجر ، وشركائه فى مركز قريب من مركز المستأجر من حيث قابلية كثير من قواعد الايجار للتطبيق على هذا المركز .

للمتصرف اليه أن يتمسك بهذه القسمة ولو لم تكن نافذة فى حقه نتيجة لعدم ثبوت تاريخها قبل ترتب حقه ( م ٦٠٤/٢ ) .

أما الأهلية اللازمة لصحة القسمة فهى أهلية التأجير والاستئجار وما يلحق بها ما أحكام الولاية ، على التفصيل الذى نعرفه [1] .

وأما حقوق المتقاسمين والتزاماتهم فهى نفس الحقوق والالتزامات المترتبة على الايجار . وبذلك تكون الترميمات الضرورية على الشركاء مجتمعين وتكون الترميمات التأجيرية على الشريك وحده ( م ٥٦٧ و ٥٨٢ ) . ويلتزم جميع الشركاء قبل الشريك الذى اختص بجزء معين أو بالشىء كله مدة معينة ، بالتسليم والضمان ، كما يلتزم هذا الشريك قبلهم باستعمال العين فيما أعدت له وبعدم التغيير فيها والمحافظة عليها وبردها عند انتهاء مدة القسمة . ولكن لا محل بالطبع لتطبيق أحكام الالتزام بدفع الاجرة .

وأما فيما يتعلق باثبات القسمة فهى تخضع كالايجار للقواعد العامة . غير أنه يلاحظ أن قانون الاصلاح الزراعى يضع نظاما خاصا لاثبات ايجار الأراضى الزراعية فيستلزم الاثبات الكتابى وييسر لطرفى الايجار الحصول على هذا الاثبات عن طريق لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية ، عند رفض أحد الطرفين التوقيع على العقد أو تحريره . ويجعل جزاء الاهمال فى الالتجاء الى هذا الطريق عدم قبول الدعوى أمام أية جهة كانت . ويقرر البعض [2] خضوع قسمة المهايأة فى الأراضى الزراعية لهذا الحكم ، بينما يرى البعض [3] أن الحكمة منه ، وهى حماية المستأجر من استغلال المؤجر ، لا تتوافر فى هذه الحالة ، ومن ثم فلا يجب

---

(١) راجع مذكراتنا فى التنظيم القانونى للايجار السابق الاشارة اليها .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٧ و هـ١ ص ١٣٨ — قارب اسماعيل غانم ٢ بند ٧١ .

(٣) حسن كيره ص ٣٤٨ بالهامش ، السنهورى هـ ٢ ص ٨٢٢ .

تطبيقه ويتعين تطبيق القواعد العامة فى الاثبات ، خاصة وأن المشرع قد نص صراحة فى المادة ٨٤٨ من القانون المدنى على أن « أحكام عقد الايجار لا تطبق على قسمة المهايأة الا اذا كانت لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » •

**أعمال الانتفاع الصادرة من أغلبية الشركاء :**

١٠٥ ـ اذا كان لمجموع الشركاء السلطة المطلقة فى ادارة الشىء الشائع وتوجيه الانتفاع به ، فانه يصعب اتفاق الشركاء جميعا على قرار معين فيما يتعلق بهذه الادارة أو الانتفاع ، اذ يكفى أن يعترض أحدهم حتى يمنع الوصول الى قرار معين فى هذا الشأن • وقد كان هذا الوضع يترتب عليه تعطيل ادارة الشىء الشائع والانتفاع به فى ظل القانون المدنى القديم • لذلك فقد عنى القانون المدنى الجديد بتنظيم ادارة الشىء الشائع اذا تعذر الوصول الى اتفاق الشركاء ، فجعل لأغلبيتهم الحق فى القيام بأعمال الادارة ، وجعل قرار الأغلبية نافذا فى حق جميع الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها •

والمقصود بالأغلبية ، أغلبية الأنصبة لا أغلبية عدد الشركاء • فاذا توافرت أغلبية الأنصبة لأحد الشركاء كان له وحده أن يقوم بادارة الشىء الشائع • على أن هذه الأغلبية ، ومدى نفاذ قرارها فى حق الأقلية ، تختلف فى أعمال الادارة المعتادة عنها فى أعمال الادارة غير المعتادة •

ففى أعمال الادارة المعتادة ، وهى التى لا تقتضى تغييرا جوهريا فى الشىء الشائع أو فى وجه الانتفاع المخصص له ، تكون الأغلبية اللازمة هى الأغلبية العادية (م ١/٨٢٨ ) • وكما يكون لهذه الأغلبية القيام بأعمال الادارية العادية ، كالتأجير ، بنفسها ، فانه يكون لها أن تختار مديرا من بين الشركاء للقيام بها وتكون أعماله نافذة فى حقهم جميعا حتى بعد

القسمة ، ويكون لها أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء سواء كان الخلف عاما أو كان خاصا ( م ٢/٨٢٨ ) [1] .

وفى هذه الحالة ألزم القانون الأقلية بالخضوع لقرار الأغلبية بصفة مطلقة فلم يجعل لها حق الطعن فيه ، اللهم الا اذا توافرت شروط التعسف فى استعمال الحق طبقا للقواعد العامة .

فاذا لم يمكن التوصل الى قرار من الأغلبية ، كان لأى من الشركاء ، منعا لتعطيل الانتفاع بالشىء الشائع ، أن يطلب من المحكمة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ( م ١/٨٢٨ ) ، كأن تأمر بتأجير الشىء ، أو تأذن لهذا الشريك بالانفاق على الأرض الى أن يتم نضج المحصول ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

وفى أعمال الادارة غير المعتادة وهى التى تتضمن تعديلا جوهريا فى الشىء أو فى الانتفاع المعد له — وذلك كالبناء فى الأرض ، أو اعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستثمار ، أو تحويل مطعم الى مقهى — فتلزم أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، نظرا لخطورة هذه الأعمال . وقد نصت المادة ١/٨٢٩ على ذلك بقولها « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة .. »

وقد جعلت هذه المادة على الشركاء الذين توافرت منهم الأغلبية المطلوبة « أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء » وجعلت لمن خالفه

(١) ولكن من البديهى أن هذا النظام يمكن تعديله أو الغاؤه بالاغلبية العادية ، وليس من الضرورى ان تكون هى نفس الاغلبية التى قامت بوضع النظام ( السنهورى ، بند ٤٩٧ ) .

من الشركاء « الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان » . وقد بينت المـادة ١/٨٤٩ سلطات المحكمة فى هـذه الحـالة ، فجعلت لها أن تلغى قرار الأغلبية ان لم تجد مبررا له ، وجعلت لها ، ان رأت الموافقة عليه ، أن تتخذ ماتراه مناسبا من التدابير ، كأن تشترط تنفيذه على نحو معين ، أو « ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » .

هذا ويلاحظ أن قسمة المهايأة بنوعيهـا تخرج عن حدود سـلطة الأغلبية ، اذ يلزم لها اجماع كل الشركاء ، على نحو ماسبق أن رأينـاه ، باعتبار أنها لا تتضمن مجرد ادارة الشىء الشائع وانما تتعدى ذلك الى قسمة منافعـه .

## ٢ — الانتفاع الفردى

١٠٦ — لمـا كان حق الشريك المشتاع يرد على الشىء الشـائع كله وان كان لا يخول الا نسبة معينة من منافعـه ، فان لكل شريك استعمال الشىء كله والحصول على ثماره فى حدود النسبة المخولة له من منافعه . ولكن سلطات الشريك فى هذا الشأن مقيدة بسلطـات الشركاء الآخرين المماثلة والتى ترد على الشىء كله أيضا وتخول أصحابها نسبا معينة من منافعه . وفى هذا الشأن تنص المـادة ١/٨٢٦ على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن ... يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » [1]

(١) تأثر المشرع فى صياغته لهذا النص بالنظرية التقليدية فى طبيعة حق الشريك المشتاع ، تلك النظرية التى ترى أن محله يتمثل فى حصة معنوية فى الشىء . وقد سبق أن رأينا أن محل هذا الحق هو الشىء المـادى كله ( أنظر ما تقدم ص١٧١ ) . لذلك يجب أن يفهم لفظ الحصة فى النص بمعنى « الحق الشائع » بحيث يكون المقصود منه تقرير أن الحق الشائع الذى لكل شريك يعتبر حق ملكية ، له أن يستأثر به وأن يتصرف فيه ، كما أن له أن يتمتع بثمار الشىء محل هذا الحق وأن يستثمره بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الاخـرين . ( فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، هـ ١ ص ١٤٣ ) .

ويترتب على ذلك أن تقتصر الأعمال التي يمكن للشريك أن يقوم بها على الشيء منفردا على الأعمال التي تتفق وما أعد له الشيء ، ويمكن للشركاء جميعا القيام بها في نفس الوقت دون أن يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين منها ، كأن يكون الشيء طريقا يستطيع كل شريك أن يمر فيه ، أو أن يكون بئرا يستقى منه ، أو أن يكون غابة يصطاد فيها .

كذلك يكون لكل شريك أن يقوم بمفرده بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء ، سواء كانت أعمالا مادية ، كاجراء الترميم وجني الثمار ، أو كانت أعمالا قانونية ، كالوفاء بدين الدائن المرتهن للشيء الشائع منعا للتنفيذ عليه ، والوفاء بالضرائب المفروضة عليه ، ورفع دعاوى الحيازة على من يعتدى عليه ، وقطع التقادم المكسب لملكيته . وقد نصت المادة ٨٣٠ على ذلك بقولها « لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء.

ولكن يصح التساؤل في هذا الصدد عن أساس رجوع الشريك على شركائه بنصيب كل منهم فيما ينفقه في أعمال الصيانة والحفظ . وتذهب المذكرة الايضاحية [1] يؤيدها بعض الشراح [2] الى أن الأساس هو الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمل الشريك . ولما كان يشترط لاعمال قواعد الفضالة ألا يكون صاحب العمل قد اعترض على عمل الفضولي فقد قصر البعض [3] اعمال هذه القواعد على حالة ما اذا تمت أعمال الحفظ دون علم سائر الشركاء ، أما اذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فانه يرجع عليهم بدعوى الاثراء .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٩٥ .

(٢) محمد على عرفه ، بند ٢٣٧ .

(٣) السنهوري ، بند ٤٨٨ .

وذهب أكثر الشراح الى أن الشريك يعتبر نائبا قانونيـــا عن باقى الشركاء [1] • وقد أخذ على هذا الرأى أنه يضيق عن تفسير الحالات التى تكون فيها أعمال الحفظ أعمالا مادية [2] • ولكن البعض يرد على ذلك بملاحظة أن النائب القـانونى ـ كالولى أو الوصى ـ يقوم بأعمال الحفظ سواء تمثلت فى أعمال قانونية أم فى أعمال مادية [3] • ويضيف البعض الآخر الى ذلك أن الأعمال المـادية ، كالترميم ، تتم عادة عن طريق تصرف قانونى هو اتفاق الشريك مع من يباشر العمل بنفسه •

وذهب البعض الى أن مرجع حق الشريك فى الانفراد بهذه الأعمال هو أنه ليس فيها مساس بحقوق الشركاء ، فيستطيع كل شريك أن يقوم بها بمفرده بمقتضى حق الملكية الثابت له على الشىء الشـــائع كله ، فتكون منفعتها لهذا الشىء كله ويستفيد منها باقى الشركاء بمقتضى مالهم من حق ملكية مماثل على الشىء [4] • ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى فى منطقه الى أن يكون أساس الرجـوع على الشركاء هو الاثراء بلا سبب •

١٠٧ ـ على أن الأعم الأغلب من أعمال الانتفاع يترتب عليها المساس بحقوق باقى الشركاء المشتاعين ، ومن ثم لا يجوز للشريك أن يقوم بها منفردا • فاذا قام بشىء من ذلك كان لباقى الشركاء الاعتراض عليهـا سواء أكانت أعمالا مادية أم كانت أعمالا قانونية •

فلا يجوز للشريك المشتاع أن يقوم منفردا بوضع يده على العـين أو على جزء منها للقيام بزراعتها منفردا ، أو باقامة منشآت أو بالبنـاء

---

(١) شفيق شحاته ،بند ١٤٦ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٢١ ، حسن كيرة ، بند ١٠٨ ، عبد المنعم فرج الصده بند ١٢٤ •

(٢) اسماعيل غانم ،بند ٦٩ ، السنهورى ، هـ ٢ ص ٨٠٦ •

(٣) حسن كيره ،بند ١٠٨ بالهامش •

(٤) اسماعيل غانم ،بند ٦٩ و ص ١٤٧ هـ ١ •

عليها . فاذا قام بشيء من ذلك فعلا كان لسائر الشركاء ازالة الزرع أو هدم البناء [1] ، ولكن يكون لهم بالطبع الابقاء عليها لمصلحتهم مع الاشتراك فى نفقاتها كل بقدر حصته . ولا يجوز للشركاء الاستناد الى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى توصلا الى دفع قيمة هذه المنشآت مستحقة الازالة أو ما زاد فى قيمة الأرض المقامة عليها المنشآت أيهما أقل ، لأن هذه المادة خاصة بالحالة التى يبنى فيها شخص فى ملك غيره مع علمه بذلك بينما الفرض أن الشريك حينما أقام المنشآت قد أقامها فى ملكه . ولذلك لا يكون لبقية الشركاء الخيار الذى تمنحه هذه المادة، وانما يلزمهم المساهمة فيما تكبده شريكهم من نفقات [2] .

ولا يجوز للشريك المشتاع القيام منفردا بتأجير الشىء الشائع أو جزء منه . فاذا قام بذلك كان هذا الايجار غير ملزم لبقية الشركاء ، بحيث يكون لهم الامتناع عن تسليم الشىء الى المستأجر ، ويكون لهم طلب طرده من العين المؤجرة اذا كان قد تسلمها فعلا . ولكن عقد الايجار ذاته يظل صحيحا منتجا لآثاره بين طرفيه ما لم تتوافر شروط الغلط بأن يكون المستأجر معتقدا وقت الاستئجار أن المؤجر مالك للعين ملكية خالصة ويكون هذا الاعتقاد جوهريا فى نظره ، ويكون الشريك المؤجر واقعا فى نفس الاعتقاد أو عالما بأن المستأجر قد وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يعلم ذلك . ولذلك اذا كان الايجار واقعا على جزء من الشىء الشائع وتمت القسمة فوقع فى نصيب الشريك المؤجر زال ما يحول دون نفاذ الايجار وأصبح منتجا لكل آثاره . أما اذا وقع فى نصيب الشريك المؤجر جزء آخر فينتقل حق المستأجر الى الجزء الذى

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ .
**Aubry et Rau, T. 2, No. 221 ; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 269 ; Colin et Capitan et de La Morandière, No. 1036.**

(٢) فى هذا المعنى : نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٤٨ ، مجموعة عمر ، جـ ٥ ص ٦٦٠ رقم ٣٥٦

وقع فى نصيب الشريك المؤجر بقدر يعادل الجزء المؤجر له تطبيقا لنص المادة ٢/٨٢٦ بطريق القياس [1] .

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية ، فى ظل القانون القديم ، قد ذهبت الى أنه اذا وضع أحد الشركاء يده على جزء من الشىء الشائع فلايكون لبقية الشركاء طلب استرداد حيازته منه وانما يكون لهم المطالبة بما يقابل الانتفاع به [2] ، واذا قام بالبناء عليه فلا يجوز لهم طلب الازالة الى أن تتم القسمة [3] ، واذا قام بتأجيره فلا يجوز لهم طلب اخراج المستأجر من العين المؤجرة ، رغم مافى كل ذلك من مساس بحقوق الشركاء [4] . ومرجع ذلك أنه فى ظل القانون المدنى القديم كان اجماع الشركاء متطلبا لقيام الشركاء بادارة الشىء الشائع وهو ما كان يصعب توافره مما كان يترتب عليه تعطيل ادارة الشىء الشائع . وقد أرادت المحكمة تفادى هذا الوضع الضار فأقرت استئثار الشريك بجزء من الشىء الشائع ورفضت ازالة البناء الذى يقيمه عليه وتوصلت الى اقرار الايجار الصادر منه ، حتى تتم القسمة ، رغم ما فى ذلك من اعتداء على حقوق الشركاء المشتاعين المساوية لحق الشريك الذى قام بهذه الأعمال والتى ترد على الشىء الشائع كله . وواضح أن هذا القضاء لم يكن له سند من الناحية القانونية على ضوء ما نعرفه من طبيعة حق الشريك المشتاع ، ولم يعد له أيضا سند من الناحية الواقعية بعد

---

(١) ويثور التساؤل عما اذا كان يجوز للشريك أن يؤجر حقه الشائع ، لا الشىء كله ولا جزءا مفرزا منه . ويرى البعض جواز ذلك ولكن يتعذر على الشريك أن يسلم هذا الحق الى المستأجر ، فلا يكون للمستأجر — حتى تتم القسمة — اكثر مما للمؤجر ، فيكون الايجار الصادر من أغلبية الشركاء للعين كلها نافذا فى حق المؤجر والمستأجر (السنهورى ص ٨٢٨ هـ ٢)

(٢) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما ، ج ٢ ، ص ٩٩٢ .

(٣) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٤٠ ، المجموعة السابقة ، ص ٩٩١ .

(٤) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ٢٤ ، ص ٥٥ . وانظر عكس ذلك أحكام محاكم الاستئناف والمحاكم الكلية والجزئية المشار اليها فى السنهورى ص ٨٣٤ هـ ٢

أن قام القانون المدنى الجديد بتنظيم ادارة المـال الشائع تنظيما يكفل منع تعطيل الانتفاع به فى حالة اختلاف الشركاء ، عن طريق الاكتفـاء بالأغلبية دون تطلب الاجماع لهذه الادارة ، وتخويل القـاضى الحق فى تعيين من يدير الشىء الشائع عند الحاجة • لذلك أجمع الفقه على ضرورة تعديل محكمة النقض لموقفها السابق فى ظل القانون المدنى الجديد [1]

**نفقات المـال الشائع وتكاليفه :**

١٠٨ ــ نصت المـادة ٨٣١ على أن « نفقات ادارة المـال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المـال ، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصـــته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » • وقد رأينا تطبيقا لذلك أنه اذا قام أحد الشركاء بمثل هذه النفقات كان له أن يرجع على شركائه كل بقدر حصته •

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يردف النص السـالف ذكره بقوله : « لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات اذا تخلى عن حصته فى المال الشائع » • ولكن هذه العبارة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ • على أن هذا الحذف لا يمنع من الأخذ بحكمها لأن « فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق » على نحو ما جاء فى تقرير اللجنة المذكورة [2] • فان تخلى الشريك عن حصته سقطت عنه النفقات ــ ما لم تكن راجعة لخطئه ــ

---

(١) محمد على عرفة ، ج ١ ، بند ٢٩٣ و بند ٢٩٦ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١١٣ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٩ ، حسن كيرة ، بند ١٠٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١١٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ ، نقض مدنى ١١ يناير ، مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ٢٤ ، ص ٥٥ •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٩٤ •

وآلت ملكيــة الحصـــة التى تخلى عنهــا الى الشركاء الآخــرين كل بقدر حصته [1] .

## المطلب الثانى

### التصرف فى الشىء الشائع

١٠٩ ـ سبق أن بينا أن التصرف فى الشىء المملوك اما أن يكون تصرفا ماديا واما أن يكون تصرفا قانونيــا [2] . ومن الواضــح أن التصرف المــادى فى الشىء المملوك على الشيوع باستهلاكه أو اعدامه لا يثبت الا للشركاء مجتمعين ، فاذا قام به أحدهم كان متعــديا على حقوق شركائه وكان مسئولا عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك . وأما التصرف المــادى فى الشىء المملوك بالتغيير فيه ، فيدخل فى عمــوم أعمال الادارة غير المعتادة على النحو السابق تفصيله . وأما التصرف القانونى ، وهو الذى نعرض له هنا بشىء من التفصيل ، فيختلف حكمه ـ مثله فى ذلك مثل الانتفــاع بالشىء الشــائع ـ بحسب ما اذا كان تصرفا جماعيا أو ما اذا كان تصرفا صادرا من شريك على انفراد .

#### ١ ـ التصرف الجماعى

**أعمال التصرف الصادرة من الشركاء مجتمعين :**

١١٠ ـ من البديهى أن يكون للشركاء مجتمعين سلطة التصرف فى

---

(١) السنهورى ، بند ٤٨٩ ، والمراجع المشار اليها فيه .

ولكن البعض يشكك فى هذا المبدأ على أساس ما قد يؤدى اليه من نتائج غير مقبولة ، كمــا اذا تحطمت سيارة مملوكة على الشيوع واتفق الشركاء على اصلاحها وقام أحدهم بالانفــاق على هذا الاصلاح ثم تبين بعد الاصلاح أنها لا تساوى قيمة ما أنفق عليها ، فان التخلى فى هذه الحالة يؤدى الى تحميل الشريك الذى قام بالانفاق بجميع النفقات بينما الفرض أنها اقل من قيمة السيارة التى سيتحملها كلها بالتخلى ( منصور مصطفى منصور ، بند ٦١ ) .

(٢) والتصرف المــادى ـ كما رأينا ـ هو وحــده الذى يدخل فى مضمون الملكية دون التصرف القانونى الذى لا يعدو أن يكون مقابلا للرخصة المخولة لكل صاحب حق فى التصرف فى حقه . ومع ذلك فاننا نعرض للتصرف القانونى فى الشىء الشائع فى هذا المكان منعا لتشتت أحكام الشيوع .

الشيء الشائع بكافة أنواع التصرف ، وسواء كان هذا التصرف بنقل ملكيته كله أو بعضه ، أو بتقرير حق عينى أصلى عليه ، كالانتفاع أو الارتفاق أو بتقرير حق عينى تبعى ، كالرهن .

واذا كانت سلطة الشركاء مجتمعين المطلقة فى التصرف ليست محل جدل ، فقد ثار الخلاف حول مدى أثر التصرفات التى يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة . ولا جدال فى أنه اذا كان التصرف بنقل ملكية جزء من الشيء بتمامها فان هذا الجزء يخرج من القسمة التى تجرى بعد ذلك . ولكن اذا كان التصرف الذى أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية ، كتقرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على الشيء أو حق عينى تبعى عليه ، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاختص كل شريك بجزء من الشيء ، فما مصير هذا الحق الذى قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة ؟

ذهب رأى الى أن من مقتضى مبدأ الاثر الرجعى للقسمة زوال مثل هذه الحقوق بأثر رجعى ، وعلى ذلك يكون لكل شريك ملكية الجزء الذى اختص به خالية من الحق الذى قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة . لذلك يذهب هذا الرأى الى اعتبار نص المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدنى التى تقضى بأنه يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته » نصا استثنائيا لا يجوز القياس عليه ولا يسرى على غير الرهن الرسمى من الحقوق ، كالرهن الحيازى [1] .

ولكن الواقع أن هذا الرأى يغفل أن التصرف المقرر للحق قد صدر

---

(١) سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، طبعة ٢ ، بند ٢٤٠ ، عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية ، طبعة ٢ ، بند ٣٤٥ مكرر ، محمد على امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، بند ٣٢٨ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٣٦ .

من الشركاء بما لهم من ولاية التصرف المطلق فى الشىء على اعتبار ان كافة الحقوق على الشىء تنحصر فيهم ، وليس فيه مساس بحق شخص لم يشترك فى ابرامه ، ومن ثم فهو لا يتأثر بنتيجة القسمة التى تأتى بعد ذلك . فالمقصود بما يسمى بالأثر الرجعى للقسمة — عند من يأخذون به — هو مجرد حماية الشريك الذى اختص بمقتضى القسمة بجزء من الشىء ، من الحقوق التى يكون قد قررها عليه أحد الشركاء الاخرين أو بعضهم ممن لا تثبت لهم سلطة التصرف المطلق فى الشىء ، وفى هذا النطاق يكون عدم نفاذ هـذه الحقوق مفهوما على أساس طبيعة الشيوع . هذا فضلا عن أن كل شريك عندما اشترك فى رهن العقار لم يقتصر على رهن حقه فيه وانما رهن العقار كله ، لأن محل حقه هو الشىء المملوك على الشيوع كله ، فيكون الرهن الصادر منهم جميعا نافذا فى مواجهـة الشريك الذى اختص بالعقـار فى القسمة لا فى حدود ما كان لهذا الشريك من حق فقط وانما بالنسبة للعقار كله ، وذلك حتى لو أعملنا الأثر الرجعى للقسمة فاعتبرنا الشريك الذى اختص بالعقار مالكا له منذ بدء الشيوع [1] . وعلى ذلك يعتبر نص المـادة ١٠٣٩/١ مجرد تطبيق لمبدأ عام تقتضيه طبيعة حق الشريك المشتاع هو مبدأ بقاء التصرف الصادر من كافة الشركاء نافذا بعد وقوع القسمة وأيا كانت نتيجتها دون تفرقة بين التصرف الناقل للملكية والتصرف المنشىء لحق عينى آخر [2] .

**أعمال التصرف الصادرة من اغلبية الشركاء :**

١١١ — لمجموع الشركاء على هذا النحو سـلطة التصرف فى الشىء الشائع تصرفا يكون نافذا فى حقهم جميعا حتى بعد وقوع القسمة . ولكن

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٣ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٤ ، حسن كيرة ، بند ١١١ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٦ ، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية فى القانون المدنى ، طبعة ٢ ، بند ٤٤ ، سمير تناغو ، التأمينات العينية ، بند ٢٥ ، السنهورى ، بند ٥٠٤ و ٥٠٥ .

مثل هذا الاجماع على التصرف قد لا يتوافر رغم ما قد يكون وراء هـذا التصرف من أسباب تبرره . لذلك فقد عنى المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد بالنص على أنه يكون « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خـالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان . . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

هذا النص يوفق بين مصلحة الأغلبية ومصلحة الأقلية فيما يتعلق بالتصرف ، فيجعل للأغلبية سلطة فى تقرير التصرف ويجعل للاقلية سلطة الطعن فى قرار الأغلبية .

فلأغلبية الشركاء المتمثلة فى ثلاثة أرباع الشىء الشائع أن تقرر التصرف فيه أيا كان نوع التصرف . على أنه يشترط لتخويل الأغلبية هذه السلطة أن تكون هناك « أسباب قوية » تبرر التصرف ، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشىء بثمن مرتفع أو يحتاج الانتفاع بالشىء الشائع أو تحسينه الى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك .

وقد أوجب النص على الأغلبية أن تعلن قرارها للأقلية وجعل للأقلية سلطة الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من الاعلان . وطبيعى أن الأقلية فى رجوعها الى المحكمة قد تطلب القسمة أو الغاء قرار الأغلبية .

فاذا طلبت الأقلية القسمة فلا جدال فى أنه على المحكمة أن تنظر فى أمر هذه القسمة ومدى امكان اجرائها دون ضرر بمصالح الشركاء . فاذا كانت القسمة ممكنة دون ضرر بمصالح الشركاء أمرت بها ، ولو كان هنـاك اتفاق على البقاء فى الشيوع لم ينته أجله ، لأن سلطة الأغلبية فى التصرف

سلطة استثنائية فيجب تمكين الشريك المعارض من الخروج من الشيوع ما دام خروجه لا يضر ببقية الشركاء • أما اذا كان فى القسمة ضرر بمصالح الشركاء فانه يتعين على المحكمة استبعادها والنظر الى قرار الأغلبية بالتصرف ، فان وجدت أن هذا القرار يستند لأسباب قوية أقرته وان لم تجده كذلك ألغته • كل هذا يستفاد من العبارة الأخيرة من المادة ٨٣٢ التى تنص على أنه « للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » •

أما اذا طلبت الأقلية الغاء قرار الأغلبية دون أن تطلب القسمة فقد ثار الخلاف حول ما اذا كان من سلطة المحكمة — قبل أن تبحث فى قرار الأغلبية — أن تبحث فى امكان القسمة دون ضرر بمصالح الشركاء وأن تأمر بها فى حالة تحققها من ذلك على غرار الحالة الأولى • فذهب رأى الى اثبات هذه السلطة للمحكمة حتى فى هذه الحالة تأسيسا على أن العبارة الأخيرة من المادة ٨٣٢ التى تثبت للمحكمة هذه السلطة قد جاءت عامة بحيث تشمل الحالتين [1] • وذهب رأى آخر الى أنه لا ينبغى أن تفرض المحكمة القسمة على الشركاء اذا لم يطلبها أحدهم ، ولذلك يتعين على المحكمة فى هذه الحالة النظر مباشرة الى قرار الأغلبية المطعون فيه لاقراره أو الغائه بحسب ما اذا كان يستند أو لا يستند لأسباب قوية • ويستند هذا الرأى الى أن العبارة الأخيرة من المادة ٨٣٢ يجب أن تفسر على ضوء العبارة الأولى منها الخاصة باشتراط وجود أسباب قوية لاثبات سلطة الأغلبية فى التصرف ، وعلى ذلك يكون المفهوم من سياق هذه المادة أن الفقرة الأخيرة منها خاصة بالحالة التى تتمثل فيها معارضة الأقلية فى طلب الخروج من الشيوع [2] •

---

(١) حسن كيرة ، ص ١١٢ بالهامش ، السنهورى ، بند ٥٠٩ •

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٤ •

وقد أثيرت هذه المشكلة أثناء الأعمال التحضيرية لمراجعة القانون المدنى ، فذهبت اللجنة الفرعية الى تعديل نص المادة ٨٢ بالنص صراحة على الزام المحكمة بالنظر فى قسمة المال الشائع عينا فى جميع الأحوال . ولكن لجنة المقررين انحازت الى الرأى المخالف ورأت الابقاء على نص المادة ٨٣٢ دون تعديل على اعتبار أنه لا يجعل للمحكمة سلطة الأمر بالقسمة اذا لم يطلبها أحد الشركاء ، ووافقتها اللجنة العامة على ذلك . وفى رأينا أنه ما دامت اللجنة قد انحازت الى هذا الرأى فقد كان عليها تعديل نص المادة ٨٣٢ بما يتفق معه ، اذا أن صياغة هذا النص أقرب الى الرأى الأول .

## ٢ ــ التصرف الفردى

١١٢ ــ قد يتصرف الشريك فى حقه الشائع ، وقد يتصرف فى جزء مفرز من الشىء الشائع أو فيه كله . وتصرف الشريك فى حقه الشائع لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين ، بينما يمس تصرفه فى جزء مفرز من الشىء الشائع أو فيه كله بهذه الحقوق . لذلك كان من الطبيعى أن يختلف حكم التصرف فى الحالتين .

### التصرف فى الحق الشائع :

١١٣ ــ لما كان الشريك يملك حقه الشائع دون أن يشاركه بقية الشركاء فيه ، وان شاركوه فى الشىء الشائع من حيث هو محل لهذا الحق كما هو محل لحقوقهم ، فانه يكون له التصرف فيه باعتباره كذلك . فالشريك المشتاع فى تصرفه انما يستعمل الرخصة المخولة لصاحب كل حق فى التصرف فى حقه ، وهذا التصرف يكون نافذا فى حق بقية الشركاء دون حاجة الى موافقتهم اذ ليس فيه مساس بحقوقهم . وقد نصت على ذلك

المادة ١/٨٢٦ بقولها « كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها » .

ومبدأ تصرف الشريك المشتاع فى حقه الشائع يشمل جميع أنواع التصرفات التى يتصور ورودها على الحق الشائع فى ذاته دون أن تتعدى ذلك الى التصرف فى الشىء الشائع أو فى جزء مفرز منه وتمس بذلك حقوق بقية الشركاء . فيجوز أن يكون التصرف ناقلا للملكية ، كالبيع والهبة ، ويجوز أن يكون مقررا لحق من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية كالانتفاع ، أو من الحقوق العينية التبعية كالرهن . فكل هذه التصرفات يمكن أن ترد على الحق الشائع دون مساس بالشىء الشائع المحمل به حقوق الشركاء الآخرين . ولكن لا يجوز أن يكون التصرف بتقرير حق ارتفاق ، فحق الارتفاق يتحمل به العقار الخادم كله لصالح العقار المخدوم كله مما يترتب عليه المساس بحقوق الشركاء على العقار [1] .

١١٤ ـ فاذا كان التصرف فى الحق الشائع من التصرفات الناقلة للملكية ، كالبيع مثلا ، فان هذا التصرف يكون نافذا فى مواجهة سائر الشركاء دون حاجة الى اعلانهم به . فلا محل للقياس على المادة ٣٠٥ التى تقضى بأن حوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها ، اذ أن هذه المادة خاصة بحق الدائنية الذى يترتب فى ذمة مدين معين ، بينما حق الشريك المشتاع يرد مباشرة على الشىء الشائع فى ذاته وليس حق دائنية قبل باقى الشركاء [2]

---

(١) عبد المنعم البدراوى ، بند ٢٨٠ ، اسماعيل غانم ، بند ٧٩ ، حسن كبره ، بند ١٢٠ ، السنهورى ، بند ٥١٣ .

(٢) ويلاحظ أن الشيوع قد يكون واردا على مجموع من الاشياء ، فيتصرف أحد الشركاء فى حقه الشائع فى أحدها دون بقية الاشياء . وفى هذه الحالة يلزم لفض الشيوع اجراء قسمة الشىء الذى بيع حق أحد الشركاء فيه بين المشترى وبقية الشركاء وقسمة أخرى لبقية الاشياء الشائعة بين جميع الشركاء . وتجنبا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات

وينتقل الحق الشائع بمجرد التعاقد اذا تعلق الأمر بمنقول ، ويلزم تسجيل التصرف لهذا الانتقال اذا تعلق الأمر بعقار • ويصبح المتصرف اليه بمجرد انتقال الحق الشائع اليه شريكا لباقى الشركاء ، فتكون له كل حقوق الشريك والتزاماته ، ويثبت له حق طلب القسمة ، ويجب على باقى الشركاء اختصامه فى دعواها • والعبرة فى هذا الشأن بتسجيل القسمة • فاذا كان قد سجل حقه قبل تسجيل القسمة الحاصلة من الشركاء فلا يحتج عليه بها ولو كانت قد تمت بالفعل قبل تسجيل حقه ما دامت لم تسجل الا بعد تسجيل حقه ، ويكون له طلب اجراء القسمة من جديد [1] • ويلاحظ أنه اذا كان التصرف لشريك وعلى سبيل المعاوضة ، وترتب عليه انهاء الشيوع ، اعتبر من قبيل القسمة وسرت عليه أحكامها •

كذلك يلاحظ أن المشرع قد خول الشركاء فى حالة بيع أحدهم حقه الشائع لأجنبى ، الحق فى الحلول محل هذا الأجنبى فى البيع ، حتى لا يتضرر هؤلاء من مشاركة الأجنبى لهم • وسوف نعرض لهذا الحلول بالتفصيل عند دراسة مصادر الملكية [2] •

واذا كان التصرف فى الحق الشائع بترتيب حق انتفاع ، ثبت للمتصرف اليه استعمال الحق الشائع واستثماره بما يتبع ذلك من اشتراك فى الادارة، فتكون له أعمال الادارة المعتادة بحيث يحسب صوته فى حساب الأغلبية

---

بأنه لا يجوز التصرف فى حق شائع فى شىء داخل مجموع من المال الا باتفاق الشركاء ( التقنين الالمانى فى المادة ٢٠٢٣ منه ) وقد أيدت محكمة النقض صحة التصرف من احد الشركاء فى حقه الشائع فى شىء داخل ضمن مجموع من الاشياء الشائعة ( نقض مدنى ١٩٥٥/١٠/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٦ ، رقم ١٨٥ ، ص ١٣٧٥ ) •

(١) نقض دنى ١٩٦٥/١٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ١٨٤ ، ص ١١٧٢ •

(٢) يلاحظ أن هذا الحلول يتم عن طريق الشفعة اذا كان الحق الشائع المبيع واردا على عقار ، وفقا لنص المادة ٩٣٦ التى تنص على أن « يثبت الحق فى الشفعة ... (ب) للشريك فى الشيوع اذا بيع شىء من العقار الشائع الى أجنبى ... » • أما اذا كان الحق الشائع واردا على منقول أو على مجموع من المال ولو كان من بينه عقار ،

العادية فى هذه الادارة ، وفى قسمة المهايأة [١] • أما الرقبة فتظل للشريك المتصرف ويكون له ممارسة ما يقابلها من سلطات ، وهى المتعلقة بالادارة غير المعتادة والتصرف وطلب القسمة • واذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع ، انتقل حق المنتفع الى الجزء المفرز الذى يؤول الى مالك الرقبة ، بمقتضى الحلول العينى [٢] •

١١٥ ــ واذا كان التصرف فى الحق الشائع برهنه كان هذا الرهن خاضعا للقواعد العامة فى الرهن من حيث سريانه على الغير • ويلاحظ أنه اذا كان الرهن حيازيا فيلزم أن يحوز الدائن المرتهن الشىء المرهون حتى يمكن القول بحيازته للحق الشائع ، اذ الحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازى على الغير • ولكن مثل هذه الحيازة تكون مستحيلة لمساسها بحقوق الغير ، ومن ثم فلا سبيل لنفاذ الرهن الحيازى الا أن يتفق الشركاء والدائن المرتهن على أن يعهد بالشىء الشائع الى أحد الشركاء يحوزه بالنسبة لحق الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن تطبيقا لحكم المادة ١١٠٩/١ التى تنص على أنه « يجب لنفاذ الرهن ( الحيازى ) فى حق الغير أن يكون الشىء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان » • ويصبح الرهن نافذا فى حق الشركاء دون انتظار للقسمة فيكون للدائن المرتهن اذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحق الشائع يبيعه فى المزاد

---

فلا محل لشفعة التى لا تثبت الا فى العقار . ولذلك فقد عنيت المادة ٨٣٣ مدنى بتخويل الشركاء الحق فى استرداد الحق الشائع المبيع فى هذه الحالة اذ نصت على أنه « ١ ــ للشريك فى المنقول الشائع أو المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لاجنبى بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه به . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى ، ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

٢ ــ واذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » . وسوف نرى ما بين الشفعة والاسترداد من فروق عند دراسة أحكامهما .

(٣) ولكن قسمة المهايأة فى هذه الحالة لا تصبح قسمة نهائية بمضى مدة خمس عشرة سنة والا كان فى ذلك مساس بملكية الشريك للرقبة .

(٤) السنهورى ، بند ٥١٣ .

واقتضاء دينه بالأولوية من ثمنه • أما اذا أجريت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بدينه على الحق الشائع ، فان حقه يتركز فى الجزء المفرز الذى اختص به الشريك الراهن فى حدود الحصة المرهونة [1] ، كأثر للقسمة ، تأسيسا على أن حق الشريك نفسه يتركز فى هذا الجزء [2] • واذا كان محل الشيوع مجموعا من الأشياء وورد الرهن على حصة فى احدها ثم وقع فى نصيب الشريك الراهن شىء آخر غير ذلك الذى رهن فيه حصته الشائعة انتقل الرهن من الحصة الشائعة الى الشىء الذى اختص به الشريك الراهن اعمالا لفكرة الحلول العينى • وقد نصت على هذا الفرض المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدنى فيما يتعلق بالرهن الرسمى •

واذا ترتب على القسمة أن اختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود فى مقابل حصته ، كان للدائن المرتهن أن يستوفى دينه من هذا المقابل اعمالا لفكرة التأمين العينى الذى يخول للدائن أفضلية على كل ترجمة نقدية للشىء المرهون ، أما اذا ترتب على القسمة أن تحدد نصيب الراهن بالمنقولات واختص شريك آخر بالثمن الذى رسا به المزاد كله ، فان الرهن ينتقل الى هذه المنقولات اذا كان الرهن حيازيا • أما اذا كان الرهن رسميا فان المنطق يؤدى الى عدم انتقاله الى ما اختص به الراهن من منقولات فى هذه الحالة بحيث ينعدم أثره ، اذ الرهن الرسمى لا يرد على المنقولات

---

(١) منصور مصطفى ، بند ١٧ •

ومع ذلك فيرى البعض ن نصيب الراهن ، سواء شمل العقار أو جزءا منه يتجاوز الحصة المرهونة ، يصبح محلا للرهن ( أنظر المراجع المشار فى منصور مصطفى ، ص ١٦٤ • هـ ٢ ) •

(٢) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٨١ ، حسن كيرة ، بند ١٢٠ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٣١ ، شمس الدين الوكيل ، التأمينات العينية ، ج ١ ص ١١٢ •

ومع ذلك يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور فى رسالته نظرية الحلول العينى ( فقرة ١٣٨ ، ص ٢٣٣ ) وحق الملكية ( ص ١٦٦ ، هـ ٢ ) الى اعتبار تركز حق الدائن المرتهن بالقسمة فى الجزء الذى آل الى الراهن ، تطبيقا لفكرة الحلول العينى قولا بأن « القسمة لا ترد ( على الهن ) لانه ليس شائعا على محله وهو حق الملكية ••• والقسمة لا يتعدى أثرها المحل اى استبدال ملكية مفرزه بحصة شائعة ، وأما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العينى » • فى هذا المعنى أيضا : السنهورى ، هـ آ ، ص ٨٤٨ •

فلا يمكن القول بالحلول • وهذه نتيجة غير مقبولة كان على المشرع أن يتفاداها بنص يقضى بانتقال حق الدائن المرتهن الى كل ما يقع فى نصيب الراهن أيا كانت طبيعية ولو تحول الرهن الى رهن حيازى [1] •

### التصرف فى الشيء الشائع مفرزا :

١١٦ ـ حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على الشيء كله ويتحدد بنسبة معينة من مجموع ما يخوله من مزايا ، ولكن كلا من الشركاء له حق مماثل على نفس الشيء • وعلى ذلك فاذا تصرف الشريك منفردا فى جـزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله ، فانه يتصرف فى حقه ولكنه يتصرف فى نفس الوقت فى حقوق شركائه • وهذا المنطق يؤدى ـ طبقا لأحكام القانون المدنى المصرى فيما يتعلق بالتصرف فى ملك الغير بوجه عام ـ الى صحة التصرف فيما يتعلق بحق الشريك فى الشيء الشائع أو فى الجـزء المتصرف فيه منه ، وبطلانه بالنسبة لحقوق الشركاء الآخرين فى هذا الشيء أو الجزء المتصرف فيه [2] • ومع ذلك فأحكام القانون الوضعى تختلف فى هذا الصدد عن منطق هذا التحليل • ونعرض لهذه الأحكام فيما يتعلق بالعلاقة بين المتعاقدين ثم بالنسبة للغير :

### حكم تصرف أحد الشركاء فى الشيء الشائع أو فى جزء مفرز منه فى العلاقة بين طرفيه :

١١٧ ـ تنص المادة ٢/٨٢٦ على أنه « اذا كان التصرف منصبا على

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٧ •

(٢) فى هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٠ هـ ، سليمان مرقص ومحمد على امام ، عقد البيع ، بند ٢٨٧ • وأنظر فى أن تصرف الشريك فى كل الشيء الشائع أو فى جزء مفرز منه لا يعتبر أصلا تصرف فى ملك الغير ، على اس أن حق الشريك المشتاع لايختلف عن حق المالك العادى الافى تقييد المالكفىاستعمال سلطاته محقوق الشركاء الاخرين : اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كبره ، البحث السابق ، بنده • انظر الخلاف حول مدى تميز حق ملكية الشريك المشتاق عن حق المالك العادى فيما سبق •

جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » .

وقد اختلف الشراح فى استنباط حكم تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من الشىء الشائع فى العلاقة بين طرفيه على ضوء هذا النص . فذهب رأى الى بطلان التصرف على أساس أنه تصرف فى حق الغير ، أخذا بمنطق التحليل السابق ذكره ، وعلى أساس أن المادة ٨٢٦ لا تتعرض لحكم التصرف الا بعد القسمة [1] .

وذهب رأى آخر ــ وهو ما نؤيده ــ الى أن تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء الشائع يعتبر تصرفا صحيحا منتجا لآثاره فى العلاقة بين طرفيه . فالمادة ٨٢٦ لا تجيز الابطال الا اذا كان المتصرف اليه يجهل أن المتصرف يملك الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة دون تفرقة بين الفترة السابقة على القسمة والفترة اللاحقة عليها [2] .

هذا فضلا عن أنه لا يمكن التفرقة بين حكم التصرف قبل القسمة وبعدها ــ بصرف النظر عما اذا كان نص المادة ٨٢٦ يشمل الفترة اللاحقة للقسمة أو يشمل أيضا الفترة السابقة عليها ــ اذ أن فى ذلك تعليقا لصحة التصرف أو بطلانه على نتيجة القسمة وهى أمر لاحق لانعقاده ، مع أن

---

(١) سليمان مرقص ومحمد على امام ، بند ٢٨٧ ؛ عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كبره ، بند ١١٨ ، وبحثه السابق ، بنده ، شفيق شحاته ، بند ١٤١ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٣٢ ، السنهورى ، بند ٥٣١ ، نقض مدنى ١٩٥٠/١٢/٧ ، مجموعة أحكام النقض ، ٢ ، رقم ٢٧ ص ١٣٨ .

بطلان التصرف يجب أن يرجع الى عيب يلحق به وقت انعقاده [1] .

ولا شك لدينا بعد ذلك أن صحة تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشيء طبقا للمادة ٨٢٦ قد جاءت على خلاف القواعد العامة من بطلان التصرف فى ملك الغير [2] .

غير أن بعض الفقه يذهب الى أن المقصود بصحة البيع الصادر من الشريك فى جزء مفرز من الشيء ، ليس صحته باعتباره كذلك ، ولكن صحته باعتباره بيعا لحق الملكية الشائع الذى يكون للشريك . بعبارة أخرى يرى هذا الفقه أنه اذا كان التصرف بيعا لجزء مفرز فان هذا البيع يتحول الى بيع للحق الشائع بحيث يصبح المشترى مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه فى حدود حق الشريك البائع ويصبح بالتالى شريكا للشركاء الاخرين ، ويعتبر البيع باطلا فيما جاوز هذه الحصة لصدوره من غير المالك [3] . وواضح أن هذا الرأى يخالف الارادة الحقيقية والظاهرة للمتعاقدين . وهو كذلك يخالف نص المادة ٢/٨٢٦ . فهذه المادة تتعرض لحالة القسمة بعد التصرف وتنص على أن حق المتصرف اليه ينتقل الى الجزء الذى آل الى المتصرف بمقتضى القسمة ، مما يدل على أن المتقاسم هو الشريك المتصرف وليس المتصرف اليه وان المتصرف لا زال بالتالى شريكا لبقية الشركاء . فلو كان التصرف يصح

---

(١) لا يتصور ربط مصير التصرف بأمر لا حق على انعقاده الا فى حالة الشرط الواقف ، وهو ما يرفضه بعض أنصار فكرة البطلان صراحة باستبعادهم لحالة الشرط الواقف من نطاق البحث . ( أنظر منصور مصطفى منصور ، بند ٦٨ ) .

هذا ، ويلاحظ — كما قلنا — ان القول بالبطلاق لا يستقيم من ناحية المنطق الا بالنسبة لحقوق الشركاء الاخرين . أما بالنسبة لحق الشريك المتصرف فالمنطق يؤدى الى صحة التصرف.

(٢) ولعله كان من المناسب تصحيح التصرف فى ملك الغير بصفة عامة والاكتفاء بكونه غير نافذ فى حق هذا الغير . ففى مثل هذا الحكم ما يقضى على الاشكالات الناتجة عن حكم التصرف فى ملك الغير مع ضمان الحماية اللازمة للغير المتصرف فى ملكه .

(٣) أنور سلطان ، عقد البيع ، الطبعة ٢ ، بند ٤١٤ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٣٢ .

على اعتبار أنه تصرف فى الحق الشائع وليس فى الجزء المفرز الذى ورد عليه التصرف لكان المتقاسم هو المتصرف اليه باعتبـاره شريكا لبقيـة الشركاء •

١١٨ — وترجع قابلية تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء للابطال لمصلحة المتصرف اليه ، اذ كان يجهل أن المتصرف لا يملك الشىء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، الى القواعد العامة فى الغلط • ولذلك اذا تمت القسمة قبل الحكم بابطال التصرف ووقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف ، فلا يجوز الحكم بالابطال تطبيقا للمادة ١٢٤ التى تقضى بأنه ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يوجبه حسن النية • وتطبيقا لنفس الحكم لا يجوز القضاء بالابطال أيضا اذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم لأن هذا الاقرار يجعل التصرف فى حكم التصرف الصادر منهم جمعيا ، أو اذا تلقى الشريك ملكية الجزء الذى تصرف فيه لأى سبب كان •

١١٩ — واذا كان نص المادة ٨٢٦ لم يتعرض الا لحالة تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، فان حكمها يسرى أيضا على حالة تصرف الشريك المشتاع فى كل الشىء الشائع • ولا يقال فى هذا الصدد ان عدم النص على حكم التصرف فى كل الشىء الشائع يبيح الأخذ بالحكم الذى يمليه تحليل حق الشريك على الشيوع ، واعتبار التصرف فى الشىء الشائع باطلا فى حدود حقوق باقى الشركاء ، على أساس أنه تصرف فى ملك الغير [1] ، لا يقال ذلك لأنه لا يوجد ما يبرر التفرقة بين التصرف فى الشىء كله وبين التصرف فى جزء مفرز منه [2] •

---

(١) أنور سلطان ، بند ٤١٣ ، شفيق شحاته ، بند ١٤٣ ، محمد على عرفه ، بند ٣٠٣ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٣٥ ، عبد المنعم عرج الصدة ، بند ١٣٤ •

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٨٧ • أنظر أيضا: السنهورى، بند ٥٣ • ومع ذلك فهو يرى نفاذ البيع فى حق الشركاء الاخرين بالنسبة لحق الشريك المشتاع بحيث يعتبر شريكالهم ( بند ٥٣٥ ) •

١٢٠ – على أن تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع أو فى الشىء كله وان اعتبر صحيحا بحسب الأصل – ما لم يتوافر الغلط – بالرغم من وروده على حقوق الغير فيما يتعلق بحقوق الشركاء الاخرين ، وخلافا للقواعد العامة التى تقضى ببطلان التصرف فى ملك الغير – كأصل عام – الا أن هذا التصرف لا يمكن أن يكون له من الأثر سوى ترتيب التزامات شخصية بين طرفيه ، دون أن يرقى الى ترتيب الاثار العينيـة للتصرف بنقل الملكية الى المتصرف اليه ، ما لم يقر التصرف باقى الشركاء أو يتملك المتصرف الجـزء المتصرف فيه ملكيـة مفـرزة بأى سبب من الأسـباب [1] •

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى أن تصرف الشريك المشتاع يترتب عليه أثره العينى – بانتقال الملكية – قبل الكافة عدا بقية الشركاء [2] •

فاذا تمت القسمة ، فقد رتب المشرع فى المادة ٢/٨٢٦ على صـحة التصرف الصادر من الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء الشائع ، أنه اذا وقع هذا الجزء فى نصيب المتصرف ثبت حق المتصرف اليه على هـذا الجزء ، أما اذ « لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة » • ومعنى ذلك أنه فى هذه الحالة الأخيرة ينتقل حق المتصرف اليه الى قدر مما وقع فى نصيب المتصرف يعادل قيمة الجزء الذى تصرف فيه • وتفسير ذلك – فيما يذهب اليه الفقه الغالب – أن المشرع قد اتخذ من فكرة الحلول العينى وسيلة للابقاء على أثر التصرف الصحيح الصادر من الشريك رغم أن القسمة قد أسفرت عن وقوع الجزء المتصرف فيه فى نصيب

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٩٩ ، هـ ٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ •

(٢) حسن كيرة ، بند ١٢٢ بالهامش ، وبحثه المشار اليـه ، بنـد ٧ • وأنظر فى نقد هذا الرأى وما يترتب عليه من صعوبات عملية ونتائج شاذة : اسماعيل غانم ، الموضع السابق ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٤ ، بندا •

شريك آخر ، مما لا يكون معه هذا التصرف نافذا فى حقه ، وذلك باحلال الجزء الذى وقع فى نصيب الشريك المتصرف محل الجزء المتصرف فيــه أصــلا [1] •

غير أن التسليم بأن التصرف فى جزء مفرز لا يرتب ســوى التزامات وحقوق شخصية ، قد يحول دون اعمال فكرة الحلول العينى فى هــذه الحالة • لذلك يذهب رأى آخر الى الاكتفاء بالقول بأن المشرع قد قضى بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، أو اعطاء الحق بصفة عامة ، على غير محــله الذى ورد عليه ابتداء [2] •

وقد بينت المادة ٢/١٠٣٩ اجراءات انتقال حق المتصرف اليه اذا كان التصرف الصادر من الشريك رهنا رسميا بنصها على أنه « اذا رهن أحد الشركاء ••• جزءا مفرزا من العقار ( الشائع ) ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة • ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » • ويذهب الفقه الى اتباع هذه الاجراءات أيا كان التصرف الصادر من الشريك ، بطريق القياس [3] •

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيره بند ١٢٢ ، ص ٣٣٨ ، هـ ١ •

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ ، ورسالته فى الحلول العينى فى القانون المدنى المصرى ، بند ٩٦ • وقارب السنهورى ، بند ٥٣ •

(٣) يلاحظ أن التصرف ينتقل وفقا للمادة ٢/٨٢٦ الى جزء من العقار ذاته ، بينما الرهن وفقا للمادة ٢/١٠٣٩ قد ينتقل الى عقار مستقل تماما عن العقار الذى ورد الرهن ابتداء على جزء منه • ويرى البعض ( منصور مصطفى منصور ، بند ٧٠ ) أن حكم المادة ٢/١٠٣٩ محل نظر لان المشرع لم يشترط لانتقال الرهن الى عقار مستقل عن العقار المرهون أن يكون الجزء المرهون فى العقار الاول مساويا فى القيمة لحق الراهن فيه ، مما قد يضر ، دون مبرر مقبول ، بدائنى الراهن الذين ارتهنوا منه أثناء الشيوع حقــه فى العقار الذى ينتقل اليه الرهن •

**حكم تصرف احد الشركاء فى الشىء الشائع او فى جزء منــه بالنسبة لبقيــة الشركاء :**

١٢١ ــ اذا كان تصرف الشريك المشتاع فى الشىء الشائع أو فى جزء منه يعتبر تصرفا منه فيما لا يملك ورغم ذلك يعتبره المشرع تصرفا صحيحا مرتبا لاثاره بين عاقدية ، فلا شك أن فى هذا التصرف مساس بحقوق الشركاء الاخرين الذين لهم حقوق على الشىء الشائع مثلهم فى ذلك مثل الشريك المتصرف • والقاعدة العامة ان كل عمل من الأعمـال يقــوم به الشريك منفردا على الشىء الشائع ويترتب عليه المساس بحقوق شركائه يكون غير نافذ فى حقهم • ويترتب على ذلك أنه اذا قام أحد الشركاء ببيع الشىء الشائع أو جزء مفرز منه أو قام برهنه أو بانشاء حق عينى آخر عليه فلا يكون للمشترى أو الدائن المرتهن أو صاحب الحق العينى الاخر أن يحتج بحقه على بقية الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها ، ويكون لهؤلاء أن يصدروا فى تصرفاتهم على أساس عدم وجود التصرف ، بل ويكون لهم اذا ما كان التصرف بيعا مثلا واستطاع الشريك البائع تسليم الشىء الشـائع أو الجزء الذى باعه منه الى المشترى أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق للاعتراف بحقوقهم فيه باعتبـار هـذه الحقـوق ترد على الشىء كله ، لا للحصول على جزء مادى معين منه يعادل حصة كل منهم ، دون انتظـار لنتيجة القسمة •

على أن محكمة النقض المصرية لم تأخذ بهذه القاعدة المنطقية الواضحة فى ظل القانون المدنى القديم • فقد ذهبت الى أنه ليس للشريك أن يرفع دعوى الاستحقاق الا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب الشريك البائع [1] •

---

(١) انظر :

| | | | |
|---|---|---|---|
| نقض مدنى ١٩٣٢/٦/١٦ | : | مجموعة القواعد القانونية | ، جـ ١ ، ص ٣٧٤ ، |
| نقض مدنى ١٩٤٩/٢/١٥ | : | المجمــوعة الســابقة | ، جـ ١ ، ص ٣٧٤ ، |
| نقض مدنى ١٩٥٠/١٢/١٧ | : | المجمــوعة الســابقة | ، جـ ١ ، ص ٣٧٥ ، |
| نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٣٠ | : | المجمــوعة الســابقة | ، جـ ١ ، ص ٣٧٥ ، |

والواقع أن هذا القضاء ينبع من نفس الرغبة التى حدت بالمحكمة فى ظل القانون القديم الى اجازه أعمال الادارة الصادرة من الشريك منفردا رغم ما يكون فيها من مساس بحقوق الشركاء الاخرين ، والتى سبقت الاشارة اليها ، وهى تمكين الشريك من الحصول على أقصىء ما يستطيع من منافع الشىء الشائع • ولقد كان مبعث هذه الرغبة أن القانون المدنى القديم كان يستلزم اجماع الشركاء للوصول الى قرار ملزم فى ادارة الشىء الشائع أو التصرف فيه مما كان يترتب عليه أنه كانت تكفى معارضة واحد من الشركاء مهما قل نصيبه لتعطيل الانتفاع بالشىء الشائع أو التصرف فيه • وقد بينا كيف أن المشرع قد تجنب مثل هذا الوضع الضار بتمكين الأغلبية من اتخاذ قرار ملزم سواء فيما يتعلق بالادارة أو التصرف • ولذلك لم يعد لهذا القضاء سند من القانون أو من الواقع ، ويتعين القول بأن تصرف الشريك المشتاع فى الشىء الشائع أو فى جزء مفرز منه لا ينفذ فى حق الشركاء المشتاعين بكل ما يحمل عدم النفاذ من نتائج قانونية [1] •

على أنه يلاحظ أنه اذا تعلق التصرف بمنقول وحازه المتصرف اليه ، من مشتر أو دائن مرتهن ، بحسن نية ، فانه يكتسب الملكية أو الرهن بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ( م ١/٩٧٦ و ١١٨ ) ، مما يعطل اعمال مبدأ عدم نفاذ البيع أو الرهن فى حق الشركاء الاخرين من الناحية العملية •

# المبحث الثانى

## القسمـــة

١٣٣ ــ رأينا كيف أن الشيوع كثيرا ما يكون سببا فى تعطيل الانتفاع بالشىء الشائع • صحيح أن المشرع المصرى قد تفادى الى حد كبير هــذا التعطيل بتخويله أغلبية الشركاء حق اتخاذ قرار يسرى على الأقلية فيمــا

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩ ، والمراجع المشار اليها فى ص ١٧٨ هـ ٢ • وانظر ذلك فى اصرار محكمة النقض على موقفها حتى فى ظل القانون المدنى الجديد : نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٨ •مجموعة أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ١٠٧ ، ص ٧٦٠ •

يتعلق بادارة الشيء الشائع وفيما يتعلق بالتصرف فيه • ولكن يبقى أن استقلال الشخص بتوجيه الانتفاع بملكه كثيرا ما يكون أجدى من الانتفاع المشترك ، بما يتضمنه من حافز على العمل والابداع ، فضلا عن أن الشيوع بطبيعته مثار منازعات بين الشركاء نظرا لتزاحم ملكياتهم على الشيء الواحد ، وهي منازعات ليس في الامكان تلافيها بأي تنظيم يضعه المشرع للشيوع • لذلك كان المبدأ العام في الشيوع هو حق كل شريك في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع وينفرد بجزء مفرز من الشيء الشائع يرد عليه حقه وحده دون غيره • وقد نصت المادة ٨٣٤ على هذا الحق بقولها « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع •• » •

غير أنه اذا كان الأصل هو حق كل شريك في طلب القسمة ، فقد يكون هناك من الاعتبارات ما يعلو على هذا الأصل ويسوغ الخروج عليه • وهذه الاعتبارات يقدرها القانون اذا كانت اعتبارات موضوعية لا تحتمل الشك ، ويعهد للقاضي بتقديرها اذا كانت اعتبارات شخصية خاصة بالشركاء الذين هم في حاجة الى سلطة القاضي الولائية في مراعاة شئونهم ، ويترك للشركاء أنفسهم هذا التقدير اذا كانت اعتبارات شخصية ولم يكن الشركاء في حاجة الى رعاية من سلطة القاضي الولائية • لذلك فقد استدركت المادة ٨٣٤ بعد تقريرها حق كل شريك في طلب القسمة بقولها « ما لم يكن ( هذا الشريك ) مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه » [1] •

---

(١) ويلاحظ أن نص المادة ٨٣٤ قد جاء مطلقا في شأن « نفاذ الاتفاق على البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه » خلافا لما تشترطه القواعد العامة في نفاذ العقد في حق الخلف الخاص ، المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني ، من اشتراط علم الخلف الخاص بالعقد حتى يكون نافذا في حقه . ويذهب الرأي الراجح الى أن نص المادة ٨٣٤ يعتبر استثناء على حكم القواعد العامة في عدم اشتراط علم الخلف الخاص بالعقد حتى يكون نافذا في حقه . ( في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ٢٠٣ ، هـ ١ ، عبدالمنعم فرج

١٢٣ — على هذا النحو ، فقد تكفل القانون بالنص فى المادة ٨٥٠ على أنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » • فالتخصيص المعد له الشيء الشائع اعتبار موضوعى يقتضى منع قسمة هذا الشيء اذا كانت القسمة تتعارض مع هذا التخصيص ، وهو ما سوف نعرض له بالتفصيل عند دراسة الشيوع الاجبارى •

والقسمة قد تكون ضارة بمصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من الشركاء ، وهو اعتبار شخصى قد لا يؤمن ترك تقديره للنائب القانونى عنه فيجب أن يترك أمر تقديره للقاضى • ولذلك نصت المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه « اذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما » •

والشركاء بعد ذلك قد يقدرون أن من مصلحتهم البقاء فى الشيوع مدة معينة يستلزمها استثمار معين أو يقتضيها القيام باصلاح معين فيه ، فيلجأون الى الاتفاق على البقاء فى الشيوع هذه المدة ، فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم ولمن يأتى بعدهم من خلف عام أو خاص • والأصل أن يصدر مثل هذا الاتفاق من جميع الشركاء ، فاذا صدر من بعضهم دون البعض الاخر ، كان ملزما لمن صدر منهم دون الاخرين [1] •

---

الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، ص٨٨٤ ومابعدها ، هـ ٥ ٢ •

غير أننا نذهب مع البعض ( حسن كيرة ، ص ٤٥٦ ، هـ ٢ ) الى أن الخلف الخاص لا يلتزم بالاتفاق على البقاء فى الشيوع الذى يعقده سلفه الا اذا كان عالما به وفقا للقواعد العامة ، منعا للاضرار بهذا الخلف •

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، بند ٥٣٧ • Insclopedie Dalloz, T. 2, indivision, No. 212.

وقد راعى المشرع فى اجازته البقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أن يكون مؤقتا ، والا ترتب عليه الغاء المبدأ العام من حق كل شريك فى طلب القسمة بما قد يجاوز الغرض المقصود من ورائه ، فقرر فى المادة ٨٣٤ مدة خمس سنوات كحد أقصى له . فاذا جاوزت المدة المتفق عليها للبقاء فى الشيوع هذا الحد كان الاتفاق ملزما للشركاء لمدة خمس سنوات دون ما يجاوز ذلك . ويرى الفقه السائد [1] أن انقاص المدة فى هذه الحالة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة فى البطلان الجزئى التى نصت عليها المادة ١٤٣ من القانون المدنى بقولها « اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله » . وبناء على ذلك يذهب هذا الفقه الى أنه اذا تبين أن الشركاء ماكانوا ليرتضوا الالتزام بالبقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فحسب ، فان اتفاقهم على أجل يجاوز هذه المدة يكون باطلا كله ، فلا يكتفى بانقاص المدة التى يمتنع طلب القسمة خلالها وانما لا يتقيد الشركاء باتفاقهم حتى لمدة خمس سنوات . ولكنا نرى أن انقاص المدة ليس تطبيقا للبطلان الجزئى وانما هو تطبيق لفكرة تعديل العقد . والتعديل على عكس البطلان لا يتوقف على ارادة أطراف العقد . فاذا اتفق على البقاء فى الشيوع مدة تجاوز خمس سنوات أنقصت المدة الى خمس سنوات ولو تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا البقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فقط [2] .

واذا كان لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، ص ٥٨٥ ، هـ ٢ .

(٢) راجع فى الفرق بين التعديل والبطلان رسالتنا سالفة الذكر .

ويلاحظ أن النص المقابل للمادة ٨٣٤ من المشروع كان يخول المحكمة — بناء على طلب أحد الشركاء — أطالة المدة المتفق عليها ولو جاوزت الخمس سنوات أو الامر بالقسمة قبل انقضائها اذا وجد مبرر لذلك ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قد استقرت أخيرا على حذف النص الذى يثبت للمحكمة هذه السلطة « توخيا لاستقرار التعامل » ( مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ١٠٠ — ١٠٤ ) .

سنوات فان ذلك لا يمنع ـ بعد انقضاء المدة المتفق عليها ـ من الاتفاق من جديد على مدة أخرى . فاذا اتفق الشركاء على تجديد اتفاقهم بمنع طلب القسمة لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى فتحتسب المدة الجديدة من وقت الاتفاق عليها لا من وقت انقضاء المدة السابقة والا ترتب على ذلك الزام الشركاء بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات . ولكن لا يجوز الاتفاق مقدما على التجديد لمدد متعاقبة [1] .

واذا كان يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء فى الشيوع مدة لا تجاوز خمس سنوات فهل يصح مثل هذا الشرط اذا ورد فى الوصية التى تلقى الشركاء بمقتضاها الشىء الشائع اذا كان الشيوع قد نشأ عن وصية ؟ يذهب الفقه الى أن الجوهرى فى نص المادة ٨٣٤ هو تحديد مدة لا يتجاوزها الالتزام بالبقاء فى اشيوع وليس ارتضاؤهم الالتزام ، ومن ثم فاذا كان من الجائز أن تمنع الوصية الشركاء الموصى لهم من التصرف فى الشىء الشائع فيجوز من باب أولى أن تمنعهم من قسمته خلال مدة معينة لا تتجاوز الحد القانونى اذا كان لذلك باعث مشروع [2] .

ويرى البعض أنه اذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على قسمة مهايأة فلا يجوز طلب القسمة قبل انقضاء مدتها والا كان فى ذلك نقض لقسمة المهايأة وهو ما لا يجوز الا باتفاق الشركاء جميعا [3] . غير أن البعض

---

(١) فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٥١ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، بند ١٣٧ .
Aubry et Rau, T. 10, No. 662; Planiol, Repert et Boulanger, T. 3, No. 2798.

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ . عكس ذلك محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٥١ ، حسن كيرة بند ١٣٦ .

(٣) محمد على عرفة ، بند ٣٣٨ .

الاخر يلاحظ بحق أن قسمة المهايأة ترد على منفعة الشيء الشائع وليس على ملكيته ومن ثم فنفاذها مرتبط ببقاء الشيوع نفسه [1] •

وسوف نعرض للقسمة فى مطلبين نبين فى الأول منهما طرقها ونبين فى الاخر أثارها :

## المطلب الأول

### طـرق القسمـة

١٢٤ ــ الأصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشركاء فتكون القسمة اتفاقية • على أنه قد يتعذر الوصول الى اجماع الشركاء مما يلزم معـه الرجوع الى القضاء ليتولى بنفسه اجراء القسمة فتكون القسمة قضائية • وقد تتم القسمة بقوة القانون اذا ما كان هناك قسمة مهايأة مكانية استمرت مدة خمس عشرة سنة •

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصـور ، بند ٧٥ .

ونحن وان كنا من هذا الرأى الاخير ، الا أننا ننبه الى أنه فى حالة قسمة المهايأة الزمانية يترتب على القسمة النهائية أضرار بالشريك الذى لم يستوف المدة المحددة له للانتفـاع بالشيء كله بمقتضى قسمة المهايأة الزمانية . ولذلك نرى أنه اذا ما طلبت القسـمة النهائية قبل أن يستوفى أحد الشركاء أو بعضهم المدة المقابلة لما انتفع به شركاؤه بالشيء ، فانه يكون لهذا الشريك أن ينتفع بالشيء الشائع كله حتى يستوفى هذه المدة الاخيرة بالرغم من وقوع القسمة وخروج أنصبة شركائه من ملكيته .

واذا كان لكل شريك الحق فى طلب القسمة ما لم يمنعه من ذلك نص فى القانون أو اتفـاق ملزم له ، فان على القاضى أن يجيبه الى طلبه . ويرى البعض ( حسن كيرة ، بند ١٣٧ ، السنهورى ، ص ٨٨٨ ، هـ ٤ . وانظر عكس ذلك : اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ) أن الحق فى طلب القسمة يخضع للقواعد العامة فى التعسف فى استعمال الحق ، فيكون للقاضى أن يرفض طلب القسمة اذا ثبت أن الشريك لم يقصد به سوى الاضرار ببقية الشركان أو سوى تحقيق مصلحة غير مشروعة او كانت المصلحة التى يبتغيها لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الشركاء من جرائها .

## ١ ـ الانفـاق على القسمـة

١٢٥ ـ القسمة الاتفاقية عقد يخضع فى انعقـاده وفى صـحته وفى أوصافه [1] وفى اثباته للقواعد العامة ، ما لم يرد بشأنها حكم خاص • والأصل أن يكون الاتفاق على القسمة صريحا كما تقدم • على أن مثـل هذا الاتفاق قد يستخلص ضمنا من الظروف التى تدل بذاتها على اتفاق الشركاء على قسمة الشيء الشـائع قسمة نهائيـة • من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه اذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من الشيء الشائع ، ثم تابعه سائرهم فى التصرف فى أجزاء مفرزة ، فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء على السواء ، فلا يجوز لأيهم بعد ذلك طلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى الشيء كله [2] • ومن الواضح أن مجرد اسـتقلال كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع وسكوته عن معارضة الباقين فيما استقل به كل منهم لا يمكن أن يستخلص منه ارادة ضمنية بالقسمة المنهية للشيوع وأن كان من الممكن اعتباره من قبيل الاتفاق الضمنى على قسمة المهايأة •

واذا كان يلزم اجماع الشركاء على القسمة ـ فى غير الصورة المعروفة بالقسمة الفعلية ـ فالمقصود هو ضرورة تطلب الاجماع حتى تنتج القسمة أثرها فى فض الشيوع • ومعنى ذلك أنه يمكن لبعض الشركاء الاتفـاق على القسمة ، بحيث يكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما لأطرافه لا يجوز لأحدهم التحلل منه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك فيه . ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون ملزما لبـاقى الشركاء • ويترتب على ذلك أن

---

(١) فيجوز أن تكون القسمة معلقة على شرط واقف كما اذا علقت على ثبوت ملكية شيء من الاشياء الداخلة فيها لاشركاء ، أو على شرط فاسخ كما اذا علقت على تحول شيء من الاشياء الداخلة فيهـا من ارض زراعية الى ارض بناء خلال فترة معينة .

(٢) نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٢١ ، القواعد القانونية التى قدرتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما ، ج ٢ ص ٨٦ •

الاتفاق بين بعض الشركاء لا يفض الشـيوع ، ولكن اذا أقره الشركاء المتخلفون ترتب عليه هذا الأثر [1] .

وقد نصت المادة ٨٢٥ على أنه « للشركاء اذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب اتباع الاجراءات التى نص عليها القانون » . والمقصود بالاجراءات المشار اليها فى المادة ٨٣٥ هو الاجراءات التى نص عليها قانون الولاية على المال . فالمادة ٤٠ من هذا القانون تنص على أنه « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى ذلك . فاذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسـمة القضائية » . ونصت المادة ٨٩ على أنه « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام » .

ويتضح من هذه النصوص أنه يمكن قسمة الشىء الشائع اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء ، ويكون للشركاء كامل الحرية فى اختيار طريقة القسمة ، عينا أو بطريق التصفية عن طريق بيع الشىء واقتسام ثمنـه . ولا يمنع من القسمة الاتفاقيـة أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الأهلية أو غائب ، غاية ما فى الأمر أنه يجب فى هذه الحالة أن يقوم النائب عن غير كامـل الأهليـة ان كان وصـيا أو قيمـا أو وكيـل الغـائب باستئذان المحكمة ، فاذا أذنت المحكمة بالقسمة الاتفاقية حددت أسسها واجراءاتها ويتعين على طالب الاذن عرض نتيجتها عليها بعد اجرائها للتصديق،

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٠/٢/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١ ، رقم ٧٣ ، ص ٢٧٦ ؛ نقض مدنى ١٩٥٥/٥/١٩ ، المجموعة السابقة ، س ٦ ، رقم ١٥٣ ، ص ١١٥٢ .

حتى تكون نافذة فى حق القاصرون فى حكمه [1] ولايتعين الالتجاء الى القسمة القضائية الا اذا رفضت المحكمة هذا الاذن أو لم تطمئن الى لتيجة القسمة • أما اذا كان النائب عن غير كامل الأهلية وليا ، سواء كان الأب أو الجد ، فلا يلزم هذا الاستئذان [2] • فاذا باشر القاصر ومن فى حكمه القسمة بنفسه كان العقد قابلا للابطال لكون القسمة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر [3] •

١٣٦ — ويخضع الاتفاق على القسمة للقواعد العامة فيما يتعلق بوجوه الطعن المختلفة فيه • على أن المشرع قد وضع أحكاما خاصة بالغبن فى القسمة بالاتفاق فنص فى المادة ٨٤٥ على أنه :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة •

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة • وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته » •

وهذا النص يختلف عن القواعد العامة فى الاستغلال فى أنه يكتفى لامكان نقض القسمة بتوافر الاختلال المادى بين أنصبة الشركاء دون استلزام توافر العنصر النفسى المتمثل فى استغلال المتعاقد الآخر لهوى

---

(١) فاذا لم تراع هذه الاجراءات كانت القسمة قابلة للابطال لصالح القاصر ومن فى حكمه ( نقض مدنى ١٩٦٤/١/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٥ ، رقم ٢٤ ، ص ١٣١ ) •

(٢) ومعنى ضرورة حصول الوصى أو القيم او وكيل الغائب دون الولى على الاذن أن القسمة تعتبر من أعمال التصرف وليس من أعمال الادارة (قارب السنهورى ، بند ٥٤٣) • فاذا جاز ذلك فانه يصح القول بضرورة حصول الولى على هذا الاذن اذا كان هو الجد ، اذ الجد لا يجوز له التصرف الا باذن المحكمة •

(٣) نقض مدنى ٦٢/٥/٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٨١ ، ص ٥٩٥ •

بين أو طيش جامح فى الطرف المغبون • ومرد ذلك ما تقتضيه وظيفة القسمة من سيادة مبدأ المساواة بين المتقاسمين فى حصول كل منهم على جزء مفرز يوازى حقه الشائع •

على أن المشرع لم يساير هذا المنطق الى النهاية باباحة نقض القسمة كلما كان هناك اختلال مادى بين الأنصبة ، وانما استلزم لذلك أن يكون الغبن الذى لحق أحد المتقاسمين يزيد على الخمس • ولعل المشرع قد راعى فى ذلك تحقيق نوع من الاستقرار فى التعامل ، وهو ما قد يودى به اباحة نقض القسمة اذا توافر فيها أى غبن كان •

والعبرة فى تقدير الغبن بقيمة الشىء المقسوم وقت القسمة لا وقت قيام الشيوع • وهذا ما يقتضيه أيضا مبدأ تحقيق المساواة فى حصول كل من الشركاء على ما يعادل حقه الشائع •

فاذا توافر الغبن على النحو المذكور كان للمتعاقد المغبون أن يرفع دعوى بنقض القسمة خلال السنة التالية لها والا سقط حقه فيها ، خلافا لدعوى تكملة الثمن فى بيع عقار غير كامل الأهلية التى لا تسقط الا بمضى ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع ( م ٤٢٦ ) [1] • ويترتب على نقض القسمة اعتبارها كأن لم تكن والرجوع الى الشيوع السابق على ابرامها بما يترتب على ذلك من زوال الحقوق التى يكون أحد الشركاء قد رتبها على الجزء المفرز الذى كان قد وقع فى نصيبه • على أن المشرع قد خول المدعى عليه فى دعوى نظر القسمة تفادى هذا النقض اذا أكمل للمدعى ما نقص من حصته نقدا أو عينا • فلا يكفى ــ على عكس الحال فى بيع عقار غير كامل الأهلية ــ أن تكمل حصة المتقاسم المغبون الى أربعة أخماس ما يستحق • وهذا

---

(١) ومدة السنة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع •

الفرق بين الغبن فى القسمة والغبن فى بيع عقار غير كامل الأهلية مفهوم على ضوء مقتضى القسمة من تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين •

## ٢ ـ دعوى القسمة

١٢٧ ـ اذا لم يكن الشركاء ملزمين بالبقاء فى الشيوع ولم يتفقوا على القسمة كان على « من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة ••• » حتى تقوم بنفسها بقسمة الشىء الشائع • على أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها القسمة القضائية ، اذا كان فى الشيوع شريك غير كامل الأهلية أو شريك غائب ، اذا لم تر الاذن لوصية أو قيمة أو النائب عنه فى الاتفاق على القسمة ، أو اذا كانت قد أذنت بذلك ولكنها لم ترد التصديق على القسمة الاتفاقية لاجحافها بمثل هـذا الشريك على نحو ما رأينـاه •

ودعوى القسمة كمـا هو واضح من النص ترفع من الشريك على شركائه • والشريك هو من له حق شائع فى الشىء سواء كان شريكا أصليا أو كان خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشـائع من سلفه [1] • فلا ترفع الدعوى ممن اشترى جزء مفرزا من أحد الشركاء أثناء الشيوع أو عليه ، اذ أن البيع وان كان صحيحا بحيث يعتبر هذا المشترى دائنـا للبائع الا أنه لا يلزم باقى الشركاء ولا يرتب أثره العينى ، فيكون الشريك البائع هو صاحب الحق فى رفع دعوى القسمة وهو الذى يجب اختصاصه فيها ، ويكون الحكم الصادر فى هذه الدعوى حجة على المشترى •

---

(١) ويجب أن يقوم مشترى الحق الشائع بتسجيل عقده حتى تنتقل اليه ملكيته ويصير شريكا ( نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ٤٩ ، ص ٣٢٤ ). وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذى يبيع حقه الشائع بعد رفع دعوى القسـمة لا يعتبر ممثلا للمشترى طالمـا سجل هذا الاخير عقده قبل انتهاء اجراءاتها ( نقض مدنى ١٩٥٣/١/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ، ج ١ ، ص ٦٣ ) •

ويجب توجيه الدعوى الى كافة الشركاء • فاذا أغفل فى توجيهها أحدهم لم يكن الحكم الصادر فيها حجة عليه وان كان حجة على الباقين الذين وجهت اليهم الدعوى رغم ذلك [1] • على أنه لمن لم توجه اليه دعوى القسمة من الشركاء أن يتدخل فيها ( م ١٥٣ مرافعات ) ، ويصح ادخاله فيها بناء على طلب المدعى أو المدعى عليه ( م ١٤٣ مرافعات ) ، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بادخاله من تلقاء نفسها ( م ١٤٤ مرافعات ) •

١٢٨ — وقد نصت المادة ١/٨٤٢ على أن « لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم • وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم • ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » • وقد قصد المشرع من هذا النص تمكين الدائنين من مراقبة اجراءات القسمة منعا لتواطؤ الشركاء على الاضرار بحقوقهم ، كأن يتفق الشركاء على اختصاص المدين منهم بأشياء لا يجوز الحجز عليها أو بنقود أو منقولات يسهل اخفاءها ، أو على عدم اختصاصه بالجزء المفرز الذى تصرف فيه حتى يفوت على المتصرف اليه غرضه • ومقتضى ذلك أنه يجب على الشركاء ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة • أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد رفع الدعوى فلا يلزم الشركاء بادخالهم الا اذا قام هؤلاء الدائنون بالمعارضة فى أن تتم القسمة بغير تدخلهم وتوجيه هذه المعارضة الى جميع الشركاء • على أن للدائنين بالطبع أن يتدخلوا فى دعوى القسمة من تلقاء أنفسهم عن طريق الانضمام الى مدينيهم الخصوم فيها طبقا للقواعد العامة ( م ١٥٣ ) •

فاذا كان على الشركاء واجب ادخال الدائنين — على النحو السابق —

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١١/٢٤ ، مجموعة احكام النقض ، س ٦ ، رقم ٢٢٠٩ ، ص ١٥٢٧ •

ولم يقوموا بادخالهم ، كانت القسمة غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين،فيعود الشىء الى حالة الشيوع بالنسبة لهم بحيث يكون لهم طلب القسمة من جديد [1] .

فاذا لم يتدخل الدائن فى الدعوى ولم يكن من الواجب على الشركاء ادخاله فيها طبقا للمادة ٨٤٢/١ ، فليس له الا أن يطعن فيها بعد تمامها بدعوى عدم نفاذ التصرفات اذا توافرت شروطها بتوافر اعسار الشريك المدين وتوافر الغش . وقد عنيت المادة ٨٤٢/٢ بالاشارة بوجه خاص الى شرط الغش بقولها : « ... اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش [2] » .

١٢٩ — وقد جعل المشرع الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية فى جميع الأحوال ولو تجاوزت قيمة الأشياء المطلوب قسمتها نصاب هذه المحكمة باعتبار أن اختصاصها قاصر على اجراء القسمة وتعجيلا بهذه الاجراءات . لذلك فهذا الاختصاص الاستثنائى قاصر على ما تثيره القسمة من مشاكل ، كتعيين حصة كل شريك فى الشىء الشائع أو تقرير بيع الشىء فى المزاد اذا تعذرت قسمته عينا [3] . أما اذا أثارت القسمة

---

(١) ويجوز للدائنين بالطبع الاقتصار على مطالبة الشركاء متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقهم من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبوه بعدم القيام بادخالهم فى القسمة .
ويلاحظ ان البعض يشترط لعدم نفاذ القسمة فى حق الدائنين ان يقوم هؤلاء باثبات ضرر أصابهم من جراء عدم ادخالهم فيها ( السنهورى ، بند ٥٦٩ ) .

(٢) ويلاحظ ان حكم المادة ٨٤٢/٢ بصياغتها الراهنة يقتصر على القسمة القضائية ، فلا يترتب على معارضة الدائن الزام الشركاء بادخاله فى القسمة الاتفاقية رغم ان ذلك أدعى فى القسمة الاتفاقية حيث يكون للدائن التدخل دائما من تلقاء نفسه فى القسمة القضائية طبقا للمادة ١٠٣ مرافعات . وقد ترتب على ذلك ان ذهب البعض الى أن عبارة النص التى تفترض أن القسمة قضائية قاصرة على واجب الشركاء فى ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم من غير معارضة ، دون حق الدائن عموما فى ان تتم القسمة بغير تدخله الذى يشمل القسمة الاتفاقية ( اسماعيل غانم ، بند ١٠ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٧٨ ) .
وذهب البعض الاخر الى وجوب التوسع فى تفسير المادة ٨٤٢/٢ بما يجعل حكمها يمتد باكمله الى القسمة الاتفاقية ( السنهورى ، بند ٥٦٣ ) .

(٣) نقض مدنى ١٩٥٩/٢/١٢ ، مجموعة احكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٢١٩ ، ص ١٣٤ .

مشاكل تخرج عن صميمها ويتعين الفصل فيها قبل السير فى اجراءاتهـا ، كالمنازعة فى أصل الملكية الشائعة أو فى قدر الحق الشائع لأحد الشركاء ، فان هذه المشاكل تخضع للقواعد العامة فى الاختصـاص النوعى • وعلى ذلك اذا ثارت منازعة فى مثل هـذه المسائل التى تخرج عن صميم القسمة وقدرت هذه المحكمة جديتها وكان الفصـل فيهـا يخرج عن نصابهـا ، تعين عليهـا أن توقف دعـوى القسـمة وأن تحيـل الخصـوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها • ويسـتمر وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيـا فى هـذه المنـازعة الفرعيـة ( م ٢/٨٣٨ ) •

ونظرا لمـا تقتضيه القسمة من اجراءات قد تطول ، فقد خول المشرع للمحكمة اذا لم يتوصل الشركاء الى اتفاق على قسمة الشىء قسمة مهايأة تنظيما للانتفاع به أثناء اجراءات القسمة ، أن تأمر ـ بناء على طلب أحد الشركاء ـ بقسمة الشىء مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائيـة ، بعـد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر ذلك •

والأصل أن تتم القسمة عينا بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الشىء الشائع • على أن الشىء الشائع قد لا يقبل القسمة عينا أو قد يترتب على قسمته عينا نقص كبير فى قيمته • لذلك فقد خول المشرع للمحكمة اجراء القسمة فى هذه الحالة الأخيرة بطريق التصفية •

**القسمة العينيـة :**

١٣٠ ـ وتكون القسمة العينية بأن يختص كل شريك بجزء من الشىء

---

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع المثار أمام محكمة القسمة يدور حول ما اذا كان السلم المشترك مملـوكا على سبيل الشيوع العادى أو الاجبارى ، وحـول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هـذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لايتعلق بتكوين الحصص ويخرج من اختصاص المحكمة الجزئية اذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه ـ كما قررها الخبير ـ تجاوز نصاب هذه المحكمة ( نقض مدنى ٦٢/١/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ١٦ ، ص ١٠٤ ) •

الشائع يعادل حقه الشائع . ويتم ذلك فى الأصل بتقسيم الشيء — عن طريق الاستعانة بخبير — الى أجزاء يعادل كل منها أصغر نصيب ، ثم تجرى القرعة بين الشركاء حتى يتحدد ما يؤول الى كل شريك من هذه الأجزاء . ولكن اذا تعذر على المحكمة مثل هذا التقسيم ، دون ضرر بالشركاء ، كان لها أن تجنب لكل شريك قدرا من الشيء يعادل حقه الشائع ، مستعينة فى ذلك بالخبير . ويجوز أن تتم القسمة بالتجنيب أيضا اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء . وفى جميع الأحوال يتعين على المحكمة — بعد الفصل فيما يثيره الشركاء من اعتراضات بشأن تكوين الأجزاء أو بشأن التجنيب — أن تصدر حكما يحدد ما يختص به كل شريك ( م ٨٣٩ ) . على أنه يراعى ، سواء فى القسمة بطريق القرعة أو فى القسمة بطريق التجنيب ، أنه اذا تعذر على المحكمة اعطاء كل شريك نصيبه كاملا ، كان لها أن تقرر تكملة نصيب الشريك الذى يحصل على جزء أقل من نصيبه بمعدل نقدى يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكبر من نصيبه ( م ٨٣٧/٢ ) . وتكون العبرة فى التقسيم بقيمة الأشياء الشائعة وقت اجراء القسمة لا وقت بدء الشيوع [1] .

هذا ويلاحظ أنه يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك اذا كان بين الشركاء غائب أو غير كامل الأهلية ، الا اذا كان هذا الشريك ممثلا فى دعوى القسمة بوليه ( م ٨٤٠ من القانون المدنى و م ٤٠ من قانون الولاية على المال ) [2] .

---

(1) انظر فى مراحل القسمة المختلفة بالتفصيل : السنهورى ، بند ٥٥٨ — ١٥٦٢ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٨٤٠ من القانون المدنى تتكلم عن التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، بينما المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تتكلم عن التصديق على قسمة الاموال الى حصص ، مما جعل البعض يقول بأنه فى حالة تقسيم الشيء الى حصص يكون التصديق لا على حكم القسمة بعد ان يصبح نهائيا ولكن على قسمة الشيء الى حصص ، على اساس ان المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال — وهو لاحق فى صدور للتقنين المدنى — قد نسخت المادة ٨٤٠ فى هذا الشأن . ( فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣٢٨ ، حسن كيرة ، بند ١٤٤ ، السنهورى ، بند ٥٦٢ . عكس ذلك اسماعيل غانم ، بند ٩٦ ، ص ٢٢٣ ، هـ ١ ) .

فاذا كان ممثلا بوليه فلا يلزم هذا التصديق ، لأن سلطة الولى غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصى أو القيم أو وكيل الغائب . على أنه يراعى أن حكم المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئنافية بتأييد حكم محكمة القسمة اذا رفع عنه استئناف اليها ، يقوم مقام التصديق . واذا رفضت المحكمة الابتدائية التصديق على حكم القسمة ، تعين عليها أن تقوم بنفسها بالتقسيم على الأسس التى تراها ، بعد دعوة الخصوم .

**قسمـــة التصفيـــة :**

١٣١ ــ تنص المـــادة ٨٤١ على أنه : « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمة المـــال الشائع المراد قسمته، بيع هذا المـــال بالطرق المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع » .

وواضح من هـــذا النص أن قسمة التصفية لا تكون الا اذا تعذرت قسمة الشىء عينا أو اذا كان من شأن هـــــذه القسمة ــ ولو لم تكن متعذرة ــ احداث نقص كبير فى قيمـــة الشىء الشـــائع . ويرجـــع فى اجراءات البيع الى قانون المرافعات . على أن هذا القـــانون لا يتضمن أحكاما خاصة ببيع الشىء الشائع الا اذا كان عقارا . أما اذا كان منقولا فتنطبق فى شأنه الأحكام العامة فى شأن التنفيذ على المنقول .

واذا طرح الشىء للبيع بالمزاد ، فالأصل أن للشركاء ولغيرهم التقدم للمزايدة . على أن المشرع جعل للمحكمة أن تقصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع [1] .

---

(١) على انه اذا كان بين الشركاء غير كامل الاهلية أو غائب وكان ممثلا فى الدعوى بوصى أو قيم او وكيل ، فيرى البعض انه يجب أستئذان المحكمة ، على أساس أن طلب قصر المزايدة على الشركاء فضلا عن خطورته البينة يتضمن اتفاقا بشأن القسمة ( اسماعيـــل غانم ، بند ٩٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧ ) .

فاذا رسا المزاد على أجنبى ، فيعتبر ذلك بيعا ناقلا لملكية الشىء الى الراسى عليه المزاد ، ويعتبر توزيع الثمن قسمة بطريق التصفية ، فتترتب على الحكم بهذا التوزيع كافة آثار القسمة • أما اذ رسا المزاد على أى من الشركاء ، فقد جرى القول بأن رسو المزاد يعتبر قسمة بطريق التصفية ، وتترتب على حكم مرسى المزاد كافة آثار القسمة •

ومع ذلك فقد تشكك البعض فى اعتبار رسو المزاد قسمة بطريق التصفية تترتب عليه آثار القسمة لا آثار البيع [1] • والواقع أننا لا نرى أن اختلاف الراسى عليه المزاد يترتب عليه اختلاف تكييف رسو المزاد • فرسو المزاد يعتبر دائما بيعا تترتب عليه آثار البيع لا آثار القسمة ، ولو كان الراسى عليه المزاد هو أحد ملاك الشىء الذى يتم بيعه بالمزاد • أما القسمة فتتمثل دائما فى اقتسام الثمن الذى رسا به المزاد •

### ٣ ـ تحول قسمة المهاياة الى قسمة نهائية بقوة القانون

١٣٢ ـ الأصل أن قسمة المهايأة ترد على الانتفاع بالشىء ولا ترد على ملكيته ، ومن ثم فهى لا تنهى الشيوع • على أن المشرع قد حرص على النص فى المادة ٢/٨٤٦ على تحويل قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بتجديدها كلما انتهت المدة المقررة لها ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك • والحكمة من تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت خمس عشرة سنة هى أن « المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى انهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها ، وقد

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧ ، ورسالته فى الحلول العينى ، بند ٥١ •

وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا الى نتائجها » ، على نحو ما توضحه المذكرة الايضاحية [1]

وقد نصت المـادة ٢/٨٤٦ على أنه « اذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المـال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند على قسمة مهايأة » . ومقتضى هذا النص أنه يكفى أن يستقل كل شريك بجزء من الشىء الشائع مدة خمس عشرة سنة حتى تقوم قرينة قانونية على أن مثل هذا الاستقلال بجزء من الشىء الشائع يستند الى قسمة مهايأة ، وينطبق بالتالى حكم الفقرة الأولى من المـادة المذكورة القاضى بتحويل هذه القسمة الى قسمة نهائية . على أن هـذه القرينة تقبل اثبات العكس . فاذا استطاع أحد الشركاء اثبات أن استقلال كل شريك بحيازة جزء من الشىء الشائع لا يستند الى قسمة مهايأة ، حال بذلك دون تحقق القسمة النهائية بمضى خمس عشرة سنة على هـذه الحيـازة .

وهذا النوع من القسمة لا يعتبر قسمة اتفاقية ، وان كان يرجع الى الاتفاق فى الأصل ، وانما يعتبر قسمة قانونية . ولذلك لا تسرى عليـه قواعد القسمة الاتفاقية ، فلا يجوز نقضه للغبن ، ولا يمنع من تحققه أن يكون بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب ، ولا يجب تسجيله اذا كان الشىء المقسوم عقارا ، لأن التسجيل يرد بمقتضى المـادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على التصرفات والأحكام [2]

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٣٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٩٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٩ ، وقارب حسن كيرة ، بند ١٢٦ .

## المطلب الثانى

### آثار القسمة

١٣٣ ــ تقوم القسمة بتحديد جزء مادى من الشىء الشائع لكل شريك ، أو فى الأقل لبعض الشركاء الذين يطلبون القسمة اذا استقر الباقون على البقاء فى الشيوع ، ليتملكه ملكية مفرزة • فالأثر الأساسى للقسمة هو افراز هذا الجزء الذى يختص به الشريك ، بحيث يكون مقابلا لحقه الذى كان له أثناء الشيوع ، ولذلك يلتزم غيره من المتقاسمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو استحقاق حتى يستقر له هذا الجزء الذى اختص به فى القسمة •

### ١ ــ الافراز

١٣٤ ــ الافراز هو الأثر الجوهرى للقسمة ، وهو الهدف الذى يرمى اليه المتقاسمون • والافراز فى معناه البسيط لا يعدو أن يكون استبدالا لجزء مفرز من الشىء الشائع ، يصبح مملوكا للشريك المتقاسم على سبيل الانفراد ، بحقه الشائع ، ذلك الحق الذى كان واردا على الشىء كله دون أن يخول صاحبه سوى نسبة معينة من كل ميزاته والذى كانت النسبة الباقية من هذه الميزات فيه للشركاء الآخرين • ومع ذلك فقد أثار تكييف عملية الافراز جدلا حادا فى الفقه منذ القانون الرومانى وخلال العصور الوسطى وما زال يثيره حتى اليوم • ولقد كانت النتائج العملية التى تقضى العدالة بترتيبها على القسمة ، وايجاد الوسيلة الفنية لتبريرها ، هى محور هذا الخلاف •

**الافراز عملية ناقلة للملكية فى القانون الرومانى :**

١٣٥ ــ كان القانون الرومانى يعتبر أن لكل شريك فى الشيوع

حصة فى كل ذرة من ذرات الشيء الشائع [1] ، فاذا ما تمت القسمة واختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع كان معنى ذلك تنازل كل شريك من الشركاء عن نصيبه فى الجزء الذى اختص به كل شريك من الشركاء الآخرين فى نظير نزول كل منهم له عن نصيبه فى الجزء الذى اختص هو به . لذلك كانت القسمة تعتبر عملية مقايضة تنقل لكل شريك ملكية حصص شركائه فى ذرات الجزء الذى اختص به من الشيء نظير نقل حصته فى ذرات الجزء الذى اختص به كل شريك الى هذا الشريك . وكان مقتضى ذلك أن سند ملكية كل شريك للجزء الذى اختص به يكون هو السند الأصلى للملكية الشائعة بالنسبة لحصته فى ذرات هذا الجزء ويكون هو المقايضة التى تتضمنها القسمة بالنسبة لحصص شركائه فى هذه الذرات . لذلك كانت كافة الحقوق التى يقررها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، كالرهن ، نافذة فى حدود حصته فى حق شركائه الذين اختص كل منهم بجزء من الشيء الشائع ، وكانت القسمة تصلح سببا صحيحا لكسب الحق بالتقادم القصير [2]

**اضافة الاثر الرجعى للاثر الناقل فى النظرية التقليدية :**

١٣٦ ــ وقد ظل هذا التصوير السابق سائدا حتى نهاية القرن الرابع عشر . فى هذا الوقت كثر الالتجاء الى الرهن العقارى بشكل لفت النظر الى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن فى حق الشركاء بعد القسمة تأسيسا على اعتبار القسمة ناقلة للملكية الى الشريك فيما يتعلق بحصص شركائه فى الجزء الذى اختص به ، اذ كان يكفى أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمى حتى تصبح جميع أمواله ــ ومنها ما قد يكون له من حق شائع ــ

---

(١) فى بيان كيف تمكن الرومان من تصوير حق كل شريك على الوجه الذى يوفق بين عدم انقسام الشيء ماديا من ناحية وتعدد الشركاء من ناحية أخرى ، أنظر منصور مصطفى منصور فى بحثه السابق الاشارة اليه عن تحليل أثر قسمة الاموال الشائعة ، بند ٩ ــ ١١ .

(٢) منصور مصطفى منصور فى بحثه السابق ، بند ١ .

مرهونة لضمان هذا الالتزام ، فى الوقت الذى كان فيه هذا الرهن العام خفيا ، اذ لم يكن نظام الشهر معروفا • كذلك استعلنت خطورة ما يؤدى اليه هذا التصوير من نتائج فى اخضاع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية ، بالاضافة الى الضرائب التى يكون الشركاء قد دفعوها عند انتقال الملكية اليهم عند تملكهم للشىء الشائع •

وأمام هذه النتائج الشاذة لم يجد القضاء بدا من الرجوع عن نفاذ الحقوق التى يرتبها كل شريك على الشىء الشائع قبل شركائه بعد القسمة واختصاصه بجزء مفرز من الشىء الشائع ، وعن خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية • وجريا وراء البحث عن تأصيل لهذا القضاء الجديد لم يلبث الفقه الفرنسى القديم أن أعمل الفكر من جديد فى تصوير القسمة ، فانتهى الى أنها لا تنقل الملكية الى الشريك المتقاسم فتعتبر بذلك سندا لملكيته ، وانما تقتصر على تحديد محل ملكية هذا الشريك الثابتة أصلا بمقتضى السند الذى تملك به الشركاء على الشيوع ، أو الكشف عنه • فعدم سريان الحقوق التى رتبها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، وعدم خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على انتقال الملكية ، يعتبر نتيجة طبيعية من النتائج التى تتفرع على التصوير الصحيح للقسمة [1] •

١٣٧ — وقد جاء التقنين المدنى الفرنسى فسلم فى المادة ٨٨٣ منه بالتصوير الذى ارتضاه بواتييه للقسمة ، والذى يجعل لها أثرا رجعيا

---

(١) فى هذا المعنى بواتييه مشار اليه فى منصور مصطفى منصور ، بند ٨٣ • على أنه من الواضح أن القول بأن القسمة تحدد محل حق الشريك أو تكشف عنه يستلزم بالضرورة القول بأن مايؤول الى هذا الشريك هو ماكان مملوكا له منذ نشأة السند الذى تملك به على الشيوع ، وذلك نتيجة مخالفة للحقيقة لا يمكن الوصول اليها الا اذا استخدمنا مجازا قانونيا هو تقرير الاثر الرجعى للقسمة • ومن هنا جرى القول فى الفقه التقليدى على أن القسمة تعتبر ناقلة بطبيعتها ولكن المشرع استخدم حيلة قانونية للوصول الى غرض معين هو حصول المتقاسم على الجزء المفرز الذى يختص به فى القسمة خاليا من الحقوق التى رتبها غيره أو رتبت ضد غيره من الشركاء أثناء الشيوع فقرر للقسمة بذلك اثرا كاشفا عن طريق اثرها الرجعى ( منصور مصطفى منصور ، بند ٢٨ ) •

يخالف طبيعتها الناقلة ، تحقيقا للاثر العملى الذى استقر فى القانون الفرنسى القديم ، وهو حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به فى القسمة خالصا من آثار تصرفات غيره • وعن هذا التقنين أخذت المـادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى التى تنص على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » • وهذه النصوص وان كانت تحقق الهدف العمـلى الذى يبتغيه المشرع ، الا أن الأخذ بظاهر منطوقها يؤدى الى نتائج أخرى شاذة لا يمكن التسليم بها ، فضلا عن أنها قد تكون مخالفة لنصـوص القانون مخالفة صريحة •

١ ــ فمقتضى الأثر الرجعى أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشىء المقسوم بوقت قيام الشيوع عند اعمال قواعد الضمان والغبن ، بينما الأخذ بذلك يتنافى مع ما يجب فى القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين • لذلك فالقانون ينص صراحة على أن تكون العبرة فى التقدير بوقت القسمة ( م ٨٤٤/١ و ٨٤٥/١ ) •

٢ ــ ومقتضى الأثر الرجعى أن تكون ثمار الجزء الذى اختص به أحد المتقاسمين له ، ليس فقط من وقت القسمة وانما من وقت قيـام الشيوع ، بينما المنطق وطبيعة الشيوع يقضيان بأن تكون ثمار الشىء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم فى الشيوع •

كذلك فان مقتضى الأثر الرجعى أن يكون باسـتطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التى انفقت على الجزء الذى وقع فى نصيبه ، أثناء الشيوع ، خلافا لمـا يقضى به المنطق وطبيعة الشيوع من تحمله بها •

٣ ـــ ومقتضى الأثر الرجعى أن يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء فى الشىء الشائع أثناء الشيوع قابلا للابطال بعد القسمة لصدوره من غير مالك ، بينما تقضى طبيعة الشيوع باعتبار هذا التصرف صحيحا ونافذا فى حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أيا كانت نتيجتها . وقد نص المشرع على ذلك صراحة فيما يتعلق بالرهن الرسمى ( م ١٠٣٩ ) على نحو ما رأيناه .

٤ ـــ ومقتضى الأثر الرجعى انه اذا ما رهن أحد الشركاء الشىء الشائع ثم رسا مزاده على الشريك الاخر فى قسمة التصفية ، فلا يكون للدائن المرتهن مباشرة الأفضلية على الثمن الذى يختص به الشريك الراهن ، بينما يقضى المنطق بأن يكون لمثل هذا الدائن أفضلية على هذا الثمن طالما ان هذه الأفضلية لا تمس للشريك الذى اختص بالعقار كله . وهو الاعتبار الذى كان يحول دون نفاذ الرهن فى حقه أثناء الشيوع .

٥ ـــ ومقتضى الأثر الرجعى أنه اذا تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من الشىء الشائع أثناء الشيوع ثم تمت القسمة فوقع هذا الجزء فى نصيب شريك آخر ، اعتبر التصرف قابلا للابطال سواء كان المتصرف اليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشىء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، لأنه يعتبر فى هذه الحالة تصرفا من غير مالك . ولكن الواقع أن المادة ٢/٨٣٦ ، كما سبق أن رأينا ، لا تجيز للمتصرف اليه طلب الابطال الا اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة . وذلك على عكس الحال فى التصرف فى ملك الغير حيث يكون للمتصرف اليه ان يطلب الابطال ولو كان يعلم أن المتصرف غير مالك .

كذلك تبدو نتائج الأثر الرجعى التى لا يمكن التسليم بها فى مجالات

أخرى كثيرة ، كتنازع القوانين من حيث الزمان ، واكتساب حقوق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، ووقف التقادم وانقطاعه •

**الافراز عملية كاشفة في الفقه الحديث :**

١٣٨ ــ وهذه النتائج المختلفة التى يؤدى اليها اعمال الأثر الرجعى للقسمة ، كما تقرره نصوص التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المدنى المصرى، توضح بجلاء خطورة تطبيق هذه النصوص التى تتجاوز الهدف منها • لذلك فقد ذهب كثير من الفقهاء المحدثين الى وجوب الغاء هذه النصوص تفاديا لما ترتبه من نتائج غير مقبولة • ولكن الغاء النصوص التى تقرر الأثر الرجعى للقسمة لا يلبث أن يثير من جديد مشكلة ضمان حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره ــ وهو ضمان محمود كما سبق أن قدمنا ــ فكيف يتم الوصول الى هذا الضمان دون استخدام الحيلة أو المجاز القانونى المتمثل فى خلع أثر رجعى ليس من طبيعة القسمة عليها ؟

يذهب معظم المهاجمين للأثر الرجعى للقسمة الى أنها ليست بطبيعتها تصرفا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى ، وانما تصرف كاشف ، والى أن اعتبار القسمة تصرفا كاشفا من شأنه أن يضمن حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره ، فضلا عن تفسيره لكثير من أحكام القانون المتعلقة بالقسمة أو المترتبة عليها • ويوضح هذا الفقه وجهة نظره عن طريق القول بأن اعتبار القسمة من التصرفات الكاشفة يتفق مع التكييف الصحيح للملكية الشائعة ذاتها ، كما يتفق مع مفهوم التصرفات الكاشفة •

---

(١) انظر : اسماعيل غانم ، بند ١١٧ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٤٧ وما بعده ، حسن كيرة ، بند ١٣٢ •

فاعتبار القسمة من التصرفات الناقلة ينبع من النظرة الفردية المسرفة الى حق الملكية . ففى ظل هذه النظرة يصعب وجود شىء يتعدد ملاكه ، ولذلك كان لابد من تصور أنصبة الشركاء مستقل بعضها عن الاخر أثناء الشيوع ، ومن ثم كان من الطبيعى أن يقال ان القسمة تتضمن مبادلة هذه الأنصبة المستقلة . ولكن انحسار هذه النزعة الفردية قد مكن من الكشف عن طبيعة الشيوع وامكان تصور تعدد ملاك الشىء الواحد . ففى الشيوع يتعدد ملاك الشىء الواحد بحيث يكون لكل منهم حق ملكية عليه كله ، وان كان هذا الحق محدد تحديدا حسابيا بحصة معينة منه ، فاذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشىء الشائع كان معنى ذلك ايجاد التطابق بين ملكية كل شريك وبين المحل الذى ترد عليه ؛ بين حصته الحسابية وبين جزء مادى من الشىء . وهذا التطابق لا يوجد حقا جديدا للمتقاسم وانما يقتصر على التغيير فى محل حقه القائم من قبل تغييرا يمنع التشابك بين حقوق الشركاء المختلفين على الشىء ، بايجاد نطاق محدد تمارس عليه ملكية كل منهم . وعلى ذلك فالقسمة لا تنقل الى المتقاسم حقا جديدا وانما تكشف عن حقه الأصلى القائم من قبل .

واذا كان هذا هو أثر القسمة فلابد من اعتبارها من التصرفات الكاشفة . فالتصرف الكاشف هو التصرف الذى يستند الى حق سابق فيقوم بالتغيير فى بعض عناصره تغييرا يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات . والقسمة تقوم بالتغيير فى محل الملكية الشائعة تغييرا يزيل التشابك بين حقوق الشركاء المختلفة عن طريق تحديد جزء مفرز من الشىء الشائع لتباشر عليه ملكية كل شريك . ولا يجوز القول بأن التصرف الكاشف يقوم بمجرد تقرير الحق السابق الموجود دون أن يغير فيه فلا تعتبر القسمة تصرفا كاشفا لأنها تغير فى محل الملكية بافرازها جزءا محددا تباشر عليه ؛ لا يجوز ذلك لأن التصرف القانونى الكاشف من حيث هو تصرف لابد أن يتضمن تغييرا ما فى العلاقات القانونية القائمة والا ما كان تصرفا لأن التصرف القانونى قوامه ارادة تتجه الى احداث أثر قانونى .

١٣٩ — واعتبار القسمة من التصرفات الكاشفة فى نظر هذا الفقه لا يجعل منها سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذى آل اليه ، وانما يكون سنده هو السند الأصلى للملكية الشائعة ، مما يترتب عليه نتائج مختلفة تتميز بها القسمة عن التصرفات الناقلة :

١ — فلا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الاخرين • وعلى ذلك فالتصرفات التى يكون أحد الشركاء قد أجراها منفردا أثناء الشيوع على جزء مفرز من الشيء الشائع ، والتى لا تكون نافذة قبل الشركاء الاخرين أثناء الشيوع ، تكون غير نافذة بعد حصول القسمة ووقوع ذلك الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر • على أن نتيجة الأثر الكاشف للقسمة تقتصر على مجرد عدم نفاذ التصرف فى حق الشريك الذى وقع فى نصيبه الجزء المفرز لأنه ليس خلفا للمتصرف ، ولكنها لا تؤدى الى اعتباره قابلا للابطال بحجة أنه صادر من غير مالك ، اذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشيء كله وان كان ذلك فى نطاق النسبة المحددة له •

٢ — لما كانت القسمة تصرفا كاشفا وليس ناقلا ، فقد وجب أن يحصل كل متقاسم فى القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة • لذلك فان الغبن فى القسمة يختلف عنه فى البيع فى أنه يقوم على فكرة المساواة وليس على فكرة الاخلال بالمضاربة المشروعة • هذا الفرق يظهر أثره فى تحديد شروط الغبن كما يظهر فى بيان ما يجب رده لتجنب نقض العقد • فالغبن فى القسمة لا يقتصر على العقار ولا يقتصر على المتقاسم ناقص الأهلية كما فى البيع ، اذ الفكرة هى تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين بحصول كل منهم على جزء مفرز معادل لحصته الشائعة • كذلك اذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد على الخمس وجب تكملة نصيبه بتمامه ، لا الى أربعة الاخماس فحسب كما فى البيع •

٣ — يفرق المشرع بين التصرفات الناقلة والتصرفات الكاشفة فيما

يتعلق بأثر التسجيل • فالتصرفات الناقلة لا ترتب أثرها بين أطرافهـا أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، بينما التصرفات الكاشفة تنتج أثرها دون حاجة الى التسجيل ولا يلزم التسجيل الا للاحتجاج بها على الغير ، على نحو ما تقضى به المادة ١/١٥ من قانون الشهر العقارى •

وهذا القرن يرجع فى نظر هذا الفقه الى أن التصرف النـاقل ينقـل للمتصرف اليه حقا لم يكن موجودا له من قبل ، بينما التصرف الكاشف يقتصر على التعـديل فى بعض عنـاصر حق ثابت للمتصرف اليـه قبـل التصرف (١) •

٤ ـــ لا تصلح القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى • فاذا اتضح أن العقار المقسوم لم يكن مملوكا للمتقاسمين ، فلا يصح للمتقاسم الذى سجل القسمة وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذى اختص به

---

(١) ويترتب على ذلك أن كل متقاسم يعتبر مالكا ملكية مفرزة فى مواجهة المتقاسمين الآخرين من وقت القسمة دون انتظار للتسجيل •

كذلك يستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بانقضاء الشيوع فى مواجهة المتقاسمين ولو كانت القسمة لم يتم تسجيلها • فاذا وجد عقاران متلاصقان أحدهما مملوك على الشيوع ، ثم قسم هذا العقار دون أن تسجل القسمة ، وبيع العقار المجاور بعد ذلك ، فتقدم أحـد الشركاء الذى اختص بجزء من العقار المقسوم لا يلاصق العقار المبيع لاخذه بالشفعة عـلى أساس أن الشيوع لا يزال قائما لعدم تسجيل القسمة وأن شرط الجوار يكون متحققا بين العقار الشائع والعقار المجاور ، فان المشترى يملك دفع الشفعة بالاحتجاج بالقسمة رغم عدم تسجيلها للوصول الى اثبات عدم توافر التلاصق بين العقار المبيع وبين الجزء الذى وقع بالقسمة فى نصيب طالب الشفعة • ( أنظر نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، ص ٤٠٩ ، رقم ١٣٨ ، نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٧ ، مجمـوعة أحـكام النقض ، س ٦ ، ص ٨٥١ ، رقم ١١١ ) •

وعلى العكس من ذلك لا يجوز الاحتجاج على الغير بالملكية المفرزة الا بعد تسجيل القسمة، حيث يكون لهذا الغير أن يعتد بحالة الشيوع طالمـا لم تسجل القسمة اذا كان له مصلحـة فى ذلك • والمقصود بالغير هنا كل من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه لا زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله طبقا للقانون •

لذلك يملك مشترى الحصة الشائعة اذا كان قد سجل عقده تجاهل القسمة غير المسجلة أو التى كان تسجيلها لاحقا لتسجيل عقده ، بأن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة أو يطلب أيضا اجراء قسمة جديدة اذ يظل العقار شائعا بالنسبة له طالما أنه لايحتج عليه بالقسمة •

مدة خمس سنوات أن يتمسك باكتسابه الملكية بالتقادم القصير . ذلك أن التقادم القصير يفترض وجود السبب الصحيح ، والسبب الصحيح هو التصرف الذى ينقل الملكية لولا صدوره من غير مالك . ومن الواضح أن القسمة لا تنقل الملكية وانما تكشف عن ملكية سابقة فتحدد محلها بحيث يظل سند التملك هو سند الملكية الشائعة [1] ، ومن ثم يتوقف أعمال التقادم الخمسى فى هذه الحالة على هذا السند الأصلى . فاذا كان تصرفا ينقل للملكية لولا صدوره من غير مالك كان سببا صحيحا ، وان لم يكن كذلك ، كما اذا كان الشركاء قد اقتسموا العقار معتقدين أنه ملك لمورثهم ، فلا يعتبر سببا صحيحا ويتعين الرجوع الى سند المورث .

١٤٠ ــ ومن الواضح أن تحليل هذا الفقه لأثر القسمة يرتبط بتصويره لطبيعة الشيوع [2] ، ذلك التصوير الذى يرى أن محل حق الشريك المشتاع هو حصة معنوية وليس كيانا ماديا يتمثل فى الشىء ذاته . وقد سبق أن رأينا أن هذه الحصة المعنوية هى فى الواقع حصة فى مضمون الحق ، بحيث يمكن القول بأن حق الشريك أثناء الشيوع محله هو الشىء المادى كله ولكن مضمونه هو حصة معينة من مضمون حق الملكية المفرزة كالثلث أو الربع . لذلك فلا يمكن مجاراة هذا الرأى فيما يذهب اليه من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى لحق الشريك المشتاع . فالقسمة فى الواقع تعطى لكل شريك حقا له كل مضمون الملكية المفرزة على جزء من الشىء بعد أن كان له حصة من مضمون الملكية المفرزة على الشىء كله . فحق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها فى محله وفى مضمونه ، مما لا يمكن معه التسليم بأن للقسمة مجرد أثر كاشف

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٥ ، رقم ١٢١ ، ص ٨١٢ .

(٢) راجع ما تقدم ذكره فى تكييف حق الشريك المشتاع .

يقتصر على تحديد حق الشريك المشتاع دون المساس به فى ذاته [1] •
ولكن اذا لم تكن القسمة كاشفة فما هو الأثر الذي يترتب عليها ؟

**العود الى اعتبار الافراز عملية ناقلة مع التسليم بانتقال الحقوق التى قررها الشريك أثناء الشيوع الى ما يختص به بالقسمة :**

١٤١ ــ الواقع أن القول بأن للقسمة مجرد أثر كاشف ينكر الاختلاف الواقعى بين حق الشريك المشتاع قبل القسمة وبعدها ، سواء فى المحل أو فى المضمون • وفضلا عن ذلك فهو يتناسى الحق الذى كان للشريك على الأجزاء التى لم تقع فى نصيبه • لذلك فان التكييف الصحيح للقسمة لابد أن يقوم على التسليم باختلاف حق الشريك المشتاع بعد القسمة عنه قبلها ، وأن يبين مصير الحق الذى كان لهذا الشريك على بقية أجزاء الشىء الشائع التى اختص بها شركاؤه • وليس من سبيل الى تفسير هذا الوضع سوى الاعتراف بأن للقسمة أثرا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى والفقه التقليدى [2] •

ولكن كيف يمكن ضمان حصول الشريك على الجزء الذى يختص به من الشىء بالقسمة خاليا من آثار تصرفات الشركاء الاخرين دون حاجة الى الأثر الرجعى للقسمة ؟ يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور الى وجوب تدخل المشرع لتقرير انتقال الحقوق ( وكذلك سائر التكاليف العينية ) التى رتبها الشريك أثناء الشيوع على حقه الشائع الى ما يختص به فى القسمة تعميما للحكم الذى أتت به المادة ١٠٣٩/٢ فى خصوص رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا • فهذه الوسيلة تستجيب الى طبيعة حق الشريك المشتاع من حيث انه حق معرض منذ

---

(١) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٥ •

(٢) المرجع السابق ، بند ٨٦ •

نشأته للتحول الى حق آخر ، فيكون حق الغير الذى يرتبه هذا الشريك على حقه الشائع معرضا كذلك للانتقال الى الحق الذى يتحول اليه محله . فضلا عن أنها توصل الى ما يقصر عنه الأثر الرجعى وهو احترام حق الغير الذى نشأ صحيحا فى حدود سلطة الشريك المتصرف ، وذلك بنقله الى ما وقع فى نصيب المتصرف [1] .

١٤٢ ـ ولا يحول دون التسليم بالأثر الناقل للقسمة ما يقال من أن الأثر الكاشف للقسمة يفسر كثيرا من أحكامها كتلك المتعلقة بالغبن والضمان ، أو بأثر التسجيل ، أو بعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا يخول التملك بالتقادم الخمس .

١ ـ فاذا كان الواجب حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التى يكون أحدهم قد أجراها منفردا على جزء مفرز من الشىء الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها فى حقهم ، فانه يكفى للوصول الى هذا الغرض أن نسلم كما قدمنا بأن مثل هذه التصرفات لا يترتب عليها أى أثر عينى قبل القسمة وبالتالى تعتبر غير نافذة فى حق الشركاء بعدها .

٢ ـ واذا كانت القسمة تهدف الى تحقيق المساواة بين المتقاسمين مما يترتب عليه اختلاف أحكام الغبن والضمان عنها فى البيع الذى يقوم على فكرة المضاربة ، فان هذا الهدف لا علاقة له بطبيعة القسمة من حيث كونها كاشفة أو ناقلة . فهذا التكييف أو ذاك لا أثر له على الهدف الذى يسعى اليه المتقاسمون .

٣ ـ واذا كان عدم تسجيل القسمة لا يترتب عليه وفقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى سوى أنها لا تكون حجة على الغير ، خلافا للتصرفات

---

(١) المرجع السابق فى الموضع السابق .

الناقلة التى يترتب على عدم تسجيلها عدم انتقال الحق سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وفقا للمادة ٩ من نفس القانون ، فان هذه التفرقة بين النوعين من التصرفات ليس لها ما يبررها . يضاف الى ذلك أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى تبين أثر عدم تسجيل التصرفات الكاشفة ثم تجرى حكمها على القسمة ، مما يمكن أن يفهم معه أن المشرع لا يعتبر القسمة من قبيل التصرفات الكاشفة والا لما عنى بالتنبيه الى أن حكم القسمة هو نفس حكم التصرفات الكاشفة [1] .

٤ ــ واذا كان اعتبار القسمة تصرفا كاشفا وليس ناقلا يفسر من الناحية النظرية عدم صلاحيتها لتكوين السبب الصحيح فى التقادم الخمسى حيث أن هذا السبب هو التصرف الناقل للحق والذى لا يحول بينه وبين نقله سوى صدوره من غير مالك ، فان عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا لا يسنده من الناحية الوضعية ، على نحو ما تذهب اليه محكمة النقض ، سوى نص المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى التى تقرر الأثر الرجعى للقسمة. فاذا ما ألغى هذا النص ، على نحو ما يطالب به الفقه الحديث ، لم يعد هناك ما يحول دون اعتبار القسمة سببا صحيحا . فالسبب الصحيح لا يعدو أن يكون سندا « يدعم حسن نية الحائز بحيث يمكن وفقا للمألوف أن يعتمد عليه ويعتمد عليه الغير فى اعتباره مالكا » [3]. وهو ما يتوافر فى القسمة .

## ٢ ــ الضمان فى القسمة

١٤٣ ــ اذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشىء الشائع ،

---

(١) تنص المادة المذكورة على أن « جميع التصرفات والاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الاصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة » .

(٢) نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ السابق الاشارة اليه .

(٣) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٧ .

فان المتقاسمين الآخرين يكونون ضامنين لما يقع له من تعرض أو استحقاق فيما اختص به . هذا الضمان تفرضه طبيعة القسمة باعتبارها تصرفا ناقلا للحق . فطالما أن كل متقاسم يعتبر قد تلقى من المتقاسمين الآخرين أنصبتهم فى الجزء المفرز الذى اختص به ، فقد كان من الطبيعى أن يضمن له هؤلاء المتقاسمون ما يقع له من تعرض أو استحقاق فى هذه الحصص ، مثلهم فى ذلك مثل البائع أو المقايض [1]

على هذا النحو نصت المادة ١/٨٤٤ على أن « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة. ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة . فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » . ويلاحظ أن هذا النص لم يفصل أحكام الضمان المترتب على القسمة التفصيل الذى نعرفه فى الضمان المترتب على البيع . لذلك فيكمل هذا النص بالقواعد المنظمة للضمان فى البيع فى الحدود التى لا تتعارض فيها هذه القواعد مع طبيعة القسمة والضمان المترتب عليها .

وقد نصت المادة ٨٤٤ على ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وحده ، لذلك يذهب الفقه الى أن الضمان لايشمل ضمان العيوب الخفية، على عكس الحال فى البيع . ويبرر الفقه السائد عدم ضمان العيوب الخفية فى القسمة على أساس القول بأن هناك فرق بين البيع والقسمة من حيث أنه ليس هناك ما يضطر المشترى الى قبول مبيع معيب ، بينما لابد فى القسمة من أن تشمل الشيء المعيب بحيث يقع فى نصيب أحد المتقاسمين

---

(1) على أن هذا الضمان يظل مفهوما ايضا فى ظل الفقه الذى يرى أن القسمة تصرف كاشف يستند الى حق الشريك الثابت منذ الشيوع ويقوم بتعديل محله بتركيزه فى الجزء المفرز الذى اختص به تركيزا يزيل ما كان يحول دون مباشرته على الوجه الاكمل . ( اسماعيل غانم ، بند ١٢٤ ، حسن كيرة ، ١٣٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٥١ ، السنهورى ، بند ٥٨٦ ) .

والواقع أنه اذا ما اكتشف عيب خفى فيما اختص به أحد المتقاسمين بالقسمة أمكن الالتجاء الى قواعد الغبن لنقض القسمة اذا توافرت شروطه بأن كان الغبن يزيد على الخمس وكانت القسمة اتفاقية • ويبدو لنا أن هذا التبرير غير مقنع خاصة اذا كانت القسمة قضائية بحيث لا يستطيع المتقاسم الذي اكتشف العيب فى نصيبه الالتجاء الى الغبن ، مما يترتب عليه الاخلال بالمساواة بين المتقاسمين •

**شروط الضمان :**

١٤٤ ــ المقصود بالتعرض هو التعرض القانونى الذى يستند فيه المتعرض الى حق يدعيه ، سواء أكان حق ملكية ، أم حقا عينيا آخر ، كحق انتفاع ، أو حق ارتفاق غير ظاهر ، أم كان حقا شخصيا ، كما اذا تبين أن العقار الذى اختص به أحد الورثة فى القسمة كان مؤجرا من قبل المورث بأجر يقل عن أجر المثل • على أن المتقاسم لا يضمن حق الارتفاق اذا كان ظاهرا أو أشير اليه فى القسمة ، قياسا على ما نصت عليه المادة ١/٤٤٥ بصدد البيع • أما التعرض المادى فالمتقاسم كالبالغ لا يضمنه ، ويستطيع المتقاسم الذى وقع له هذا التعرض أن يدفعه دون حاجة الى معونة المتقاسمين الاخرين ، ما لم يكن التعرض المادى صادرا من أحد منهم •

ويذهب الفقه الى أن الضمان يقدم ولو كان التعرض أو الاستحقاق من أحد المقاسمين الاخرين ، كما اذا تبين أن أحد الأشياء التى تشملها القسمة كان فى الحقيقة ملكا خالصا لهذا الشريك المتعرض فيجوز له المطالبة به ، ويرجع المتقاسم الذى كان هذا الشىء فى نصيبه على المتقاسمين الآخرين ، بما فيهم المتقاسم الذى استحقت له العين ، بالضمان • بل ان الضمان

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٢٥ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ •

يحق على المتقاسمين جميعا اذا تبين أن الشيء الذى اختص به أحدهم كان ملكا خالصا له وليس داخلا فى الشيوع .

ومع ذلك ، فاننا نرى مع البعض انه اذا تمت القسمة فلا يجوز لأحد المتقاسمين أن يطالب بحق على شيء مما وقع فى نصيب غيره من المتقاسمين بعد أن وافق على القسمة . وعلى ذلك فالسبيل الى مثل هذه المطالبة هو التمسك بابطال القسمة للغلط ، بحيث تعاد القسمة من جديد بعد اخراج ما يكون مستحقا له من الأشياء المقسومة [1] .

ويشترط لقيام الضمان وفقا لنص المادة ٨٤٤ أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة ، اذ بالقسمة يستقل كل من المتقاسمين بما اختص به فلا يصبح مسئولا عما يحدث للمتقاسمين الاخرين . فاذا كان سبب الضمان أو الاستحقاق لاحقا على القسمة فلا يقوم الضمان . مثال ذلك أن يتملك الغير العقار الذى وقع فى نصيب أحد المتقاسمين بالتقادم بعد القسمة . على أن المتقاسم يضمن التعرض لسبب لاحق على القسمة اذا كان حق المتعرض آيلا منه شخصيا قياسا على المادة ٤٣٩ الخاصة بالبيع ، اذ لا مبرر للتفرقة فى هذا فى الصدد بين البيع والقسمة [2] .

كذلك يشترط لقيام الضمان ألا يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه ، فالمتقاسم يجب أن يتحمل وحده نتيجة هذا الخطأ . فلا يقوم الضمان مثلا اذ قصر المتقاسم فى الدفاع فلم يتمسك قبل المتعرض بالتقادم رغم أنه كان فى امكانه ذلك ، أو اذا أغفل بوجه عام اشراك المتقاسمين الاخرين فى الدعوى رغم أنه كان فى امكانهم دفعها . ويطبق فى هذا الشأن أحكام المواد ٤٤٠ و ٤٤١ الخاصة بالضمان فى البيع .

---

(1) فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، بند ٩١ .

(2) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

وأخيرا يشترط لقيام الضمان الا يكون هنـاك اتفـاق صريح يقضى بالاعفاء من الضمان فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها . فالاتفاق على الاعفاء من الضمان ممكن فى القسمة كما فى البيع . على أن مثل هذا الاتفـاق فى القسمة يختلف عنه فى البيع فى أنه لابد أن يكون صريحا من ناحية ، وأن يكون خاصا تحدد فيه أسباب الاستحقاق التى يكون الاعفاء منها من ناحية أخرى ، بعكس البيع الذى يمكن أن يكون فيه الاعفاء من الضمان ضمنيا أو عاما دون تحديد لسبب معين من أسباب الضمان .

**آثـار الضمـان :**

١٤٥ ــ اذا تحققت شروط الضمان ، فأخطر المتقاسمون بدعوى الغير ، كان عليهم الاشتراك مع المتقاسم المدعى عليه فى دفعها . فاذا حكم للمدعى بالاستحقاق انحصر التزام المتقاسمين بالضمان فى تعويض المتقاسم المستحق منه . ذلك أن المشرع لم يرد أن يرتب على الاستحقاق اعادة القسمة من جديد بما تتطلبه من جهد ونفقة وعدم استقرار ، واكتفى لتحقيق المساواة بين المتقاسمين بتعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدى عما نقص من نصيبه نتيجة ثبوت حق الغير .

وتوزع الخسارة على المتقاسمين جميعا ــ بما فيهم المتقاسم المطـالب بالضمان ــ بنسبة حصة كل منهم . وتحقيقا للمساواة الفعلية بين المتقاسمين نصت المادة ١/٨٤٤ على أنه « اذا كان أحد المتقـاسمين معسرا ، وزع التعويض الذى يلزمه على مستحق الضـمان وجميـع المتقاسـمين غير المعسرين » .

وقد نص المشرع صراحة على أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشىء تمهيدا لحساب الخسارة التى ترتبت على الاستحقاق ، بقيمة هذا الشىء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، على عكس الحال فى البيع حيث تكون

العبرة فى تقدير الشىء المبيع ، لمعرفة التعويض المترتب على الاستحقاق ، بقيمته وقت الاستحقاق لا وقت البيع • ويرجع هذا الفرق بين القسمة والبيع الى أن أساس الضمان فى القسمة هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، والعبرة فى هذه المساواة بوقت القسمة ، بينما أساس الضمان فى البيع هو حصول المشترى على القيمة التى فقدها بالاستحقاق ، وهذه القيمة تتمثل فيما نقص من قيمة المبيع بالاستحقاق وقت هذا الاستحقاق •

والواقع أن اتخاذ قيمة الشىء وقت القسمة أساسا للتعويض محل نظر ، كما يرى البعض بحق ، اذ أنها لا تؤدى الى المساواة بين المتقاسمين • فتحقيق المساواة بين المتقاسمين يكون وقت القسمة وحده ، بحيث يكون من الطبيعى أن تتغير قيمة الأجزاء المقسومة بعدها ، فيستفيد كل متقاسم أو يضار من هذا التغيير ، ومن ثم فالتعويض وفقا لقيمة الشىء وقت القسمة يترتب عليه الاخلال بالمساواة التى كانت قائمة وقت اجرائها ، فيزيد أو ينقص نصيب المتقاسم الذى حصل له التعرض عما كان يجب أن يكون عليه فيما لو يحدث هذا التعرض [1] •

ويسقط الالتزام بالتعويض بمضى خمس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة • وتسرى هذه المدة من وقت الاستحقاق باعتباره الوقت الذى ينشأ فيه الالتزام بالتعويض •

---

(١) انظر فى هذا الشأن : منصور مصطفى منصور ، بند ٦٠ •

# الفصل الثانى

## الشيوع الاجبارى

١٤٦ ــ الأصل فى الشيوع التوقيت ، بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك ملكية مفرزة لجزء من المال الشائع بحقه الشائع على المال كله • على أن الشيوع قد يكون وضعا معدا للدوام بالنظر الى التخصيص المعد له المال الشائع • وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٥٠ على أنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » • فالذى يميز الشيوع الاجبارى عن الشيوع العادى هو أن المال الشائع فى الشيوع الاجبارى مخصص لغرض معين ، وأن هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال على الشيوع دائما طالما بقى هذا المال مخصصا لهذا الغرض • وعلى ذلك فالمال الشائع شيوعا اجباريا لا يجوز قسمته الا اذا انتهى تخصيصه للغرض المعد له والذى يقتضى بقاءه على الشيوع ، لأى سبب من الأسباب •

١٤٧ ــ ويتوافر الشيوع الاجبارى فى صورتين أساسيتين : الشيوع الاجبارى الأصلى والشيوع الاجبارى التبعى • فأما الشيوع الاجبارى الأصلى فيتحقق اذا ما كان المال الشائع مخصصا ، بصفة مستقلة ، لخدمة أو انتفاع مجموعة من الأشخاص على وجه الدوام ، كمبانى مدافن الأسرة [1] ، وصورها ووثائقها • ويمكن أن نضيف الى هذه الصورة

---

(١) أما أراضى المدافن ذاتها فهى من الاشياء العامة ، ولايكون البناء عليها الا بترخيص ادارى ( راجع فى هذا الشأن : محمد كامل مرسى ، بند ١٧٣ ) •

جميع الحالات التى يكون فيها الشخص المعنـوى ذاته مملوكا لعـدة أشخاص ، كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، اذا أن الشخص المعنـوى المملوك يكون فى هذه الحالات مخصصا لغرض معين فى سبيل خدمة أو انتفاع الأشخاص المالكين له •

وأما الشيوع الاجبارى التبعى فيتحقق اذا ما وجد شىء شائع مخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار واحد مملوكةللشركاء على سبيل الافراز، كالمسقاة المشتركة اذا كانت مملوكة على الشيوع ، والساقية المشتركة ، والفناء أو الممر المشترك ، والحائط الفاصل المشترك ، والأجزاء المشتركة فى منزل مقسم الى شقق أو طبقات لملاك مختلفين •

والشيوع الاجبارى التبعى اذا ما كان واردا على عقار فانه يتفق على هذا النحو مع حقوق الارتفـاق فى أن الشىء الشائع مخصص لخـدمة عدة عقارات أو أجزاء من عقار مملوكة على سـبيل الافراز ، على نحـو ما يخصص العقار المرتفق به لخدمةالعقار المرتفق • غير أن الشيوع الاجبارى التبعى يظل متميزا عن حقوق الارتفاق ، ففى الشيوع الاجبارى التبعى يكون العقار الخادم مملوكا لأصحاب العقـارات المخدومة على سـبيل الشيوع ، بينما فى حقوق الارتفاق يكون العقار المرتفق به مملوكا لمالك آخر غير مالك العقار المرتفق [1] لذلك فتسرى على الشيوع الاجبـارى التبعى أحكام الملكية دون أحكام الارتفاق •

---

(1) انظر فى هذا المعنى :

محمد كامل مرسى ، بند ١٥٣ ، شفيق شحاته ، ص ١٧٥ هـ ٢ ، محمد على عرفة ، بند ٣٤٥ ، عبد البدراوى ، بند ١٦٩ ، اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، بند ١٧١ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ •

Aubry et Rau, T. 2, No. 221 ; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 274 ; Planiol, Repert et Picard, T. 3, No. 294 ; Colin, Capitant et de La Morandière, T. 1, No. 1043 et ss.; Carbonnier, p. 93.

فالحق فى العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعيا لا يسقط بعدم الاستعمال بينما الحق فى الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

فالحق فى العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعيا لا يمكن تغيير محله من عقار الى عقار آخر ، بينما الحق فى الارتفاق يمكن تغيير محلة الى موضع آخر من العقار المرتفق به اذا كان موضعه الأصلى قد أصبح من شأنه زيادة عبء الارتفاق على هذا العقار أو منع احداث تحسينات فيه ( م ٢/١٠٢٣ ) [1] .

والحق فى العقار الشائع شيوعا تبعيا يخول صاحبه الانتفاع بالعقار الشائع — فى الحدود التى سوف نراها — [2] ودفع اعتداء الغير عليه ، بينما استعمال صاحب الارتفاق للعقار المرتفق به يقتصر على حدود الارتفاق المخول له ، ولا يكون له دفع اعتداء الغير على هذا العقار طالما لم يكن هناك اعتداء على حقه [3]

١٤٨ — واذا كان الفرق الجوهرى بين الشيوع الاجبارى وبين الشيوع

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، بند ١٧١ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، بند ١٧١ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ .

(٣) فاذا افترضنا ان هناك عقاران يفصل بينهما طريق معين ، فان كان هذا الطريق ملكية مشتركة كان لكل شريك — بجانب المرور — أن يفتح مطلا عليه دون أن يلتزم بترك مسافة فى ملكه الا اذا كان عرض الطريق أقل من المسافة القانونية فيلزم بترك مسافة تساوى الفرق بين عرض الطريق وبين المسافة القانونية ( أنظر فى هذا الشأن : نقض مدنى ١٩٤٤/١١/٢ ، مجموعة عمر ، س ٤ ، رقم ١٥٤ ، ص ٤٣٠ ) ، وكان له سد المطل الذى يفتحه جار ثالث على هذا الطريق دون ان يترك المسافة القانونية فى ملكه ولو كان ذلك المطل فى الناحية الملاصقة لعقار شريكه . اما اذا كان هناك طريق مملوك ملكية خالصة لاحد الجارين ولكن للاخر ارتفاق بالمرور فيه فليس لهذا الجار سوى المرور بحيث يلزم اذا أراد البناء أن يترك من ملكه المسافة القانونية كلها مهما كان عرض الطريق ، وليس له أن يطالب بسد المطل الذى يقيمه جار ثالث دون مراعاة المسافة القانونية . واذا كان هناك طريق نصفه مملوك ملكية خالصة لاحد الجارين ونصفه الآخر مملوك ملكية خالصة للجار الاخر وكان لكل من الجارين حق ارتفاق بالمرور على الجزء المملوك لشريكه وجب على كل من الشريكين اذا أراد فتح مطل على الطريق أن يترك المسافة القانونية بين حافة المطل وبين منتصف الطريق ، واذا أقدم جار ثالث على فتح مطل على الطريق دون مراعاة المسافة القانونية فله المطالبة بسده ان كان على نصف الطريق المملوك له وليس له ذلك ان كان على النصف الاخر .

العادى هو أن الأول بعكس الاخر لا يقبل القسمة ، فان هذا الفرق يرجع الى الغرض الذى يخصص له المـال الشائع شيوعا اجباريا • ولكن الغرض المخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا ينعكس كذلك على أحكامه ، سواء فيما يتعلق بالانتفاع به أو فيما يتعلق بالتصرف فيه ، على نحـو يميز بين هذه الأحكام وبين أحكام الشيوع العادى •

١ ــ ففى الشيوع العادى لا يجوز لأى من الشركاء أن يستعمل الشىء الشائع دون موافقة بقية الشركاء لما يتضمنه ذلك من تعد على حقوقهم ، بينما يجوز لكل من الشركاء فى الشيوع الاجبارى أن يسـتعمل الشىء الشائع اذا لم يكن فى هذا الاستعمال ما يتعارض مع الغرض المخصص له ، أو ما يكون من شأنه الأضرار بالشركاء الاخرين ، اذ أن الشىء الشـائع شيوعا اجباريا مخصص للاستعمال فى هذا الغرض لمصلحة جميع الشركاء • فاذا كان هناك طريق مملوك على الشيوع لمالكى الأراضى المجاورة له ، كان لكل منهما أن يفتح مطلا عليه كما تقدم ، أما اذا كان هناك أرض مملوكة على الشيوع العادى لمالكى الأراضى المجاورة فليس لأى منهم أن يفتح مطلا فى ما يقيمه من بناء فى عقاره ما لم يراع المسافة القانونية من حـد الأرض الشائعة الملاصق لعقاره ، اذ أن فى فتح مطل مباشر على الأرض الشائعة ما ينقص من قيمتها ويمس بالتالى بحق الشريك الاخر •

أما اذا كان فى استعمال الشريك للشىء الشائع شيوعا اجباريا ما يتعارض مع الغرض المخصص له أو ما يضر بشركائه ، فان هذا الاستعمال يمتنع عليه • فليس للشريك فى المسقاة مثلا أن يستعملها لرى أرض أخـرى مملوكة له غير المخصصة لها المسقاة ، وليس له أن يستعملها على وجه يحول بين شركائه وبين رى أراضيهم المخصصة لها المسقاة •

٢ ــ وفى الشيوع العادى توزع نفقات الشىء الشائع على الشركاء بنسبة حق كل منهم الى حقوق شركائه • ولكن هذه القـاعدة ان كانت

تنطبق على الشيوع الاجبارى الأصلى ، فان تطبيقها على الشيوع الاجبارى التبعى محل شك ، لأن الشىء الشائع شيوعا اجباريا تبعيا يكون مخصصا لخدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة للشركاء ، مما تقضى العدالة معه بتوزيع نفقات هذا الشىء على الشركاء بنسبة قيمة العقارات التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة والتى أعد الشىء الشائع لخدمتها (١) • ومع ذلك فيلاحظ أن الغالب أن يكون الشىء الشائع شيوعا اجباريا مملوكا للشركاء بنسبة قيمة عقاراتهم المفرزة التى تنتفع به •

٣ — وفى الشيوع العادى يجوز للشريك أن يتصرف فى حقه الشائع لمن يشاء ، بينما لا يجوز للشريك فى الشيوع الاجبارى أن يتصرف فى حقه على نحو يتعارض مع الغرض المخصص له الشىء الشائع • فليس للشريك فى مدافن الأسرة مثلا أن يتصرف فى حقه لأجنبى • وليس للشريك فى الشيوع الاجبارى التبعى أن يتصرف فى حقه الا مع العقار التابع له •

واذا كانت هذه هى القواعد العامة فى الشيوع الاجبارى فقد خص المشرع صورتين منها بتنظيم مفصل ، هما صورة الحائط الفاصل المشترك وصورة ملكية الطبقات أو الشقق (٢) •

المبحث الأول : ملكية الحائط الفاصل المشترك

المبحث الثانى : ملكية الطبقات أو الشقق

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ١٤٥ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٧ ، Marty et Raynaud, op. cit., No. 236.

وقارب : عبد المنعم البدراوى ، بند ١٧٠ . وقارن حسن كيرة ، بند ١٤٠ .

(٢) عمد المشرع فى التقنين المدنى الحالى الى وضع نظام خاص لملكية الاسرة روعى فيه ما يربط أفراد الاسرة من صلة وثيقة لا تتحقق عادة بين الشركاء المشتاعين الذين لا تربطهم رابطة الاسرة الواحدة . فقد يبقى أفراد الاسرة الواحدة فى الشيوع بعد موت مورثهم يستثمرون تركته معا اذا كانت أرضا زراعية أو محلا تجاريا مثلا ، أو يستعملونها معا اذا كانت منزلا يسكنونه . وقد يقدم أفراد الاسرة ما يملكه كل منهم لاستثماره أو استعماله معا دون أن يرجع أصله لتركة مشتركة .

وتنص المادة ٨٥١ على أن « لاعضاء الاسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على انشاء ملكية للاسرة . وتتكون هذه الملكية اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للاسرة ، واما من اى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية » . ويتضح من هذا النص أن ملكية الاسرة لا تكون الا بين اعضاء الاسرة الواحدة . ويذهب بعض الفقه الى أن المقصود باعضاء الاسرة الواحدة المعنى الذى تأخذ به المادة ٣٤ مدنى فى نصها على أن : =

# المبحث الأول

## ملكية الحائط الفاصل المشترك

١٤٩ ــ اذا كان الحائط الفاصل بين جارين مملوكا لهما على الشيوع كان هذا الشيوع اجباريا نظرا لطبيعة الغرض المخصص له هذا الحائط • مثل هذا الاشتراك فى الحائط قد ينتج من اشتراك الجارين فى اقامته أو من اتفاق من أقامه منهما على اشراك الآخر فيه ، أو من اكتساب أحدهما الملكية المشتركة فى الحائط الذى بناه الآخر بالتقادم أو بالالتصاق • وقد وضع المشرع قرينة على الاشتراك فى الحائط الفاصل فنص فى المادة ٨١٧ على أن « الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم الدليل على العكس » •

ومقتضى هذا النص أنه يشترط لقيام هذه القرينة شرطان :

فأما الشرط الأول فهو أن يكون الحائط الفاصل فاصلا بين بناءين

---

= « ١ ــ تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه• ٢ ــ ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . فلا يصح انشاء هذه الملكية بين من لا تجمعهم سوى قرابة المصاهرة كالزوجين ، لان أحدهما لا يعتبر من ذوى القربى بالنسبة للاخر . على أن جانبا من الفقه قد ذهب بحق الى عدم التقيد بنص المادة ٣٤ فى تحديدها لمعنى الاسرة فى هذا المجال وأجاز انشاء ملكية الاسرة بين الزوجين نظرا لان أساس نظام ملكية الاسرة هو الرابطة القوية بين الشركاء وان هذه الرابطة تكون أقوى ما يمكن بين الزوجين •

ويبدو من نص المادة ٨٥١ انها تشترط لقيام ملكية الاسرة أن يجمع أعضاء الاسرة « وحدة العمل او المصلحة » . ولكن الواقع أن وحدة العمل أو المصلحة لا تعدو أن تكون الغرض الذى لا يتصور بدونه الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة ، وليست شرطا لانعقاد الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة بحيث يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق •

وملكية الاسرة تشمل ما يكون مملوكا لاعضائها من منقول أو عقار ويتفق على ادخاله فيها، أيا كان سبب اكتساب ملكيته وسواء أكان هو الميراث أم غيره من أسباب كسب الملكية • على أن الجوهرى فى ذلك أن تكون الاشياء الداخلة فى ملكية الاسرة مملوكة للاعضاء وقت الاتفاق فلا يصح الاتفاق على انشاء ملكية أسرة بالاموال التى تؤول اليهم فى المستقبل •

وملكية الاسرة لا تنشأ الا باتفاق كتابى بين أعضاء الاسرة . فاذا لم يوجد اتفاق فلا تقوم ملكية الاسرة أصلا نظرا لان رابطة التعاون التى تقوم عليها ملكية الاسرة قد لا تكون متوافرة بين أعضاء الاسرة ، وكذلك الحال اذا لم يكن هذا الاتفاق كتابيا . فالكتابة شرط للانعقاد لا للاثبات • =

لا مجرد فاصل بين عقارين • فاذا كان ملك أحد الجارين أرضا غير مبنية فلا يفترض الاشتراك فى ملكية الحائط الفاصل ولو كان ملك الجار الآخر بناء •

وأما الشرط الآخر فهو أن يكون الحائط فاصلا بين البناءين منذ انشائه لا فى تاريخ لاحق • فاذا كان أحد الجارين قد بنى فى ملكه ، ثم تبعه الآخر فى البناء مستترا ببنائه ، فلا يفترض الاشتراك فى الحائط الفاصل بينهما •

---

= وقد وضعت المادة ٢/٨٥٢ حدا أقصى للمدة التى يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الاسرة خلالها خمس عشرة سنة خلافا للاتفاق على البقاء فى الشيوع العادى الذى لا يجوز لمدة تجاوز خمس سنوات . ومع ذلك فقد اجازت المادة ١/٨٥٢ « لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوى لذلك » .

فاذا لم يتفق على مدة لملكية الاسرة كان لكل شريك « أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه » .

وتعتبر ملكية الاسرة ملكية شائعة بين الاعضاء ، وتطبق عليها أحكام الشيوع فى كل مالم يرد بشأنه نص . على أن هذه الملكية تختلف من الملكية الشائعة فى وضعها العادى فيما يتعلق بالادارة وفيما يتعلق بالتصرف .

ففيما يتعلق بالادارة يجب أن يكون المدير الذى تعينه اغلبية الشركاء المادية أحدهم لا أجنبيا عنهم نظرا لما بين الشركاء من رابطة تمنع فرض أجنبى لا يرغبونه عليهم ، ويكون لهذا المدير القيام بأعمال الادارة العادية وغير العادية رغم أنه معين بالاغلبية المادية ( م ١/٨٥٤ ) . وليس للاقلية الاعتراض على اعمال المدير وان كان لها أن تطلب من المحكمة عزله اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ( م ٨/٨٥٤ ) . ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك . وتطبق قواعد الوكالة فى علاقة الشركاء بالمدير أو فى علاقتهم بالغير الذى تعامل معه ( م ٨٥٥ ) .

أما فيما يتعلق بالتصرف فقد نصت المادة ٨٥٣ على أنه « ١ — ... ولايجوز لاى شريك أن يتصرف فى نصيبه لاجنبى عن الاسرة الا بموافقة الشركاء جميعا .

٢ — واذا تملك اجنبى عن الاسرة حصة احد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عنه فلا يكون الاجنبى شريكا فى ملكية الاسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء » .

فالتصرف الى احد الشركاء صحيح ونافذ فى حقهم دون حاجة الى موافقتهم لانتفاء مظنة تضررهم . والتصرف الى أجنبى لايجوز الا بموافقة الشركاء جميعا على التصرف ، ولكن يجوز بيع الحق الشائع لاحد الشركاء جبرا عنه تنفيذا من دائنيه على أمواله . واذا تملك أجنبى حصة احد الشركاء سواء بموافقة باقى الشركاء اذا كان البيع اختياريا أو بدون حاجة الى موافقتهم اذا كان البيع جبريا ، فانه لا يصبح بمقتضى ذلك شريكا فى ملكية الاسرة وانما يتعين اخراج حصته من هذه الملكية ما لم يتوافر اتفاق بينه وبين الشركاء جميعا على دخوله فى ملكية الاسرة ( م ٢/٨٥٣ ) حتى لا يتضرر من ذلك المتصرف اليه أو الشركاء .

فاذا توافر الشرطان افترض أن الحائط الفاصل مملوك لمـالكى البنائين حتى أعلى جزء من البناء المنخفض • ولكن يجوز لأى منهما أن يقيم الدليل على أنه أقام هذا الحائط فى ملكه وعلى نفقته •

واذا ثبت الاشتراك فى ملكية الحائط فان هذا الحائط يعتبر مملوكا على سبيل الشيوع الاجبارى ، فلا يجوز قسمته بين الشركاء ولا يجـوز لأيهم التصرف فى حصته فيه استقلالا عن البناء الذى يملكه ، على نحو ما رأيناه فى القواعد العامة للشيوع الاجبارى •

والأصل كذلك أن لكل مالك أن يستعمل الحائط المشترك فى حدود الغرض المخصص له وبشرط عدم الاضرار بالشركاء الآخرين • وقد نصت المـادة ١/٨١٤ على ذلك بقولها « لمـالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له •••• » ، ثم مثلت لهذا الاستعمال فأجازت لمـالك الحائط المشترك « أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته » • وطبيعى أنه من الجائز أن تمتد هـذه العوارض الى ما يجاوز نصف سمك الحائط لأن حق كل شريك من الشركاء يرد على الحائط كله • ولكن لمـا كان الغرض من الحـائط المشترك أن يستند به العقاران المتجاوران فانه لا يجوز لأى من الشريكين أن يفتـح فيه مناور ، بعكس الحال فى الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين ملكية خالصـة •

وقد نصت المـادة ٢/٨١٤ على أنه « اذا لم يعد الحـائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصـلاحه أو تجـديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » • فالاشتراك فى نفقات الحـائط المشترك يكون بنسبة حق كل شريك ، على نحو ما تقضى به القواعد العامة فى الشيوع العادى • ومن الواضح أنه لا مجال للاشتراك فى النفقات اذا كانت الفائدة

منها تعود على أحد الشريكين دون الآخر [1] ، أو اذا كانت الحاجة اليها نتيجة لخطأ أحد الشركاء ولو كانت منفعتها تعود عليهما معا [2] . وللشريك أن يتخلص من الاشتراك فى النفقات اذا تخلى عن الملكية بما يستتبعه ذلك من عدم الانتفاع بالحائط .

١٥٠ ـ وقد أجازت المادة ٨١٥ للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا . وليس هذا سوى تطبيق لحق الشريك فى الشيوع الاجبارى فى التعديل فى الشىء لتحقيق مصلحته الشخصية مادام ذلك لا يضر بشريكه .

فاذا كان الحائط صالحا لتحمل التعلية دون حاجة الى اعادة بنائه كان على الشريك الذى يريد التعلية « وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته » ( م ١/٨١٥ ) . فبالاضافة الى نفقات الجزء المعلى يكون على من يريد التعلية أن ينفق وحده على الأعمال التى تستلزمها التعلية فى الجزء الأسفل المشترك .

« واذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة » ( م ٢/٨١٥ ) . فنفقات الهدم والبناء تكون على من يريد التعلية . وكذلك يتعين على من يريد التعلية أن يجرى زيادة سمك الحائط فى أرضه اذا اقتضى الأمر ذلك ، فاذا تقدرت زيادة السمك فى أرضه ولزم أن يشغل جزء من أرض جاره تعين عليه أن يعوضه عن ذلك .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٦ ، السنهورى ، بند ٦٠٤
Planiol, Repert et Picard, T. 3, No. 310.

(٢) الاعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ٦٥ .

ويلاحظ أن الحق فى التعلية مشروط فى الحالتين بعدم الاضرار بالجار ضررا بليغا • فاذا كان يترتب على هدم الحائط المشترك انهدام بنـاء الجار أو احداث خلل فيه فلا يجوز لجاره الشريك فى هـذا الحـائط هـدمه لاعادة بنـائه •

فاذا تمت التعلية دون حاجة الى هدم الحائط أو بعد هدمه واعادة بناءه ، ظل الجزء الأسفل ملكا مشتركا دون أن يكون لمن قام بذلك مطالبة الآخر بتعويض • أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية • على أن المشرع قد خول للشريك فى الجزء الأسفل الحق فى الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى جبرا على مالكه اذا دفع نصف ما أنفق عليه ونصف قيمة الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة من ناحية محدث التعلية ( م ٨١٦ ) • ويظل هذا الحق فى الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى قائما طالما بقى الاشتراك فى الجزء الأسفل دون أن يسقط بالتقادم •

## المبحث الثانى

### ملـكية الطبقـات او الشقق

١٥١ ــ يقصد بملكية الطبقات أو الشقق ملكية البناء الذى يتعدد ملاكه بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به يملكها ملكية مفرزة ، مما يستتبع تملكهم للأجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة •

وقد انتشر هذا النوع من الملكية فى بعض الدول الأجنبية عقب الحربين العالميتين وما تبعهما من أزمة الاسكان • وقد بدأ أخيرا فى الانتشار فى مصر بعد أن لجأت بعض الجمعيات التعاونية من ناحية والدولة من ناحية أخرى الى بناء المساكن وتوزيعها •

وقد عرفت الشريعة الاسلامية كذلك نظام الطبقات ، على أساس تقسيم البناء الى طبقات يملك كل مالك طبقة منها بما فيها من جدران وما يعلوها من سقف ملكية مفرزة وبحيث يكون لصاحب الطبقة الأعلى وتسمى « العلو » حق القرار على الطبقة التى تحتها وتسمى « السفل » . وهذا النظام يختلف عن نظام ملكية الطبقات أو الشقق الذى ينتشر فى الوقت الحاضر ، حيث يقوم هذا النظام الأخير على أساس النظر الى هيكل البناء كوحدة يملكها الشركاء ملكية شائعة وتقتصر الملكية المفرزة لكل مالك على الجدران الثانوية التى توجد داخل الطبقة أو الشقة وما تشمله الطبقة أو الشقة فى الداخل من أدوات وما تكسى به الأرضية من أخشاب أو بلاط أو غيرها .

وقد استمد التقنين المدنى تنظيمه لملكية الطبقات أو الشقق فى المواد من ٨٥٩ الى ٨٦٩ من القانون الفرنسى ، ولكنه فى نفس الوقت يضع فى المواد ٨٥٩ ، ٨٦٠ ، ٨٦١ تنظيما لعلاقة صاحب العلو بصاحب السفل مستمدا من أحكام الشريعة الاسلامية دون أن يتنبه الى ما بين التنظيمين من تعارض . وقد ذهب الفقه ــ دفعا لهذا التعارض ــ الى القول بوجود نظامين مستقلين لملكية الطبقات أو الشقق فى مصر : النظام الأول هو المأخوذ عن القانون الفرنسى ، وهو الأصل الواجب التطبيق ما لم يوجد فى سندات الملكية ما يخالفه ، والنظام الآخر هو النظام المأخوذ عن الشريعة الاسلامية ، وهو لا يطبق الا اذا تبين من سندات الملك أخذ الشركاء به [1]

المطلب الأول النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق

المطلب الثانى : النظام الاتفاقى لملكية الطبقات ( العلو والسفل )

---

(1) اسماعيل غانم ، بند ١٤٩ ، منصور مصطفى منصور ،بند ١٠٠ ، السنهورى ، بند ٦١٤

ومع ذلك فلا يميز بعض الفقه بين النظامين . انظر فى ذلك : محمد كامل مرسى ، ج ٢ ، بند ١٦٥ ، محمد على عرفه ، بند ٣٥٩ وما بعده ، عبد المنعم البدراوى ، بند١٧٦ ، حسن كيرة ، بند ١٨٤ وما بعده ، خاصة ص ٦٠٤ ج ٢ .

# المطلب الأول

## النظــام العــام لملكية الطبقات أو الشقق

**الاجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة :**

١٥٢ ــ الأصل أن الأجزاء المشتركة يحددها السند المنشىء لملكيــة الطبقات • فاذا لم يتضمن هذا السند تحديد صفة جزء من الأجزاء فيعتبر ملكية مشتركة اذا كان معدا للاستعمال المشترك بين جميع الملاك • وقد نصت المــادة ٨٥٦ على هذا المعيار مع التمثيل لهذه الأجزاء بقولها « اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هــذا ما لم يوجد فى ســندات الملك ما يخالفه » • واستنادا الى الأمثلة التى ضربها المشرع للأجزاء المشتركة ــ وخاصة الأساسات والجدران الرئيسية ــ يمكن القول ان هيكل البناء كله يعتبر من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك حتى فيما يتعلق بالأجزاء التى تكون بعيدة من هذا الهيكل عن طابق أو شقة كل منهم •

على أن الأجزاء المعدة لاستعمال بعض الملاك دون البعض الآخــر ، كالحواجز الداخلية الفاصلة بين شقتين ، تكون مشتركة بين هؤلاء الملاك وحدهم • وقد نصت المــادة ٣/٨٥٦ على ذلك بقولها « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » •

أما الأجزاء الخاصة بكل مالك فهى الأجزاء المعدة لاستعماله المنفرد، كالحواجز الفاصلة بين الحجرات ، والأدوات والأنابيب داخل الطبقة أو الشقة والأخشاب والبلاط وخلافه مما قد تكسى به الجدران أو السقف أو الأرضية ، كما تشمل النوافذ والشرفات فى رأى البعض •

**تحديد أنصبة الشركاء فى الاجزاء المشتركة :**

١٥٣ ـ وقد حددت المادة ٢/٨٥٦ نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة « بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار » أى بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التى يملكها . وتظهر أهمية تحديد هذا النصيب فى نواح مختلفة ، كتحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحق من مقابل لجزء من هذه الأجزاء نتيجة بيعه أو نزعه للمنفعة العامة أو التعدى عليه من الغير ، وكتحديد نصيبه فى نفقات هذه الأجزاء ، وتقدير رأى المالك عند حساب الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات المتعلقة بادارة الأجزاء المشتركة .

واذا كان المشرع قد حدد نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى المبنى ، فانه لم يضع أساسا لتحديد هذه القيمة ولم يبين الوقت الذى تحدد فيه .

ويذهب بعض الفقه الى تحديد قيمة نصيب كل مالك على أساس مساحته من ناحية وموقعه من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه المشرع الفرنسى فى المادة السادسة من قانون سنة ١٩٣٨ [1] أما وقت تحديد هذه القيمة فقد اختلف فيه بين وقت النزاع الذى تثور بشأنه مسألة التقدير وبين وقت انشاء البناء . فقد ذهب البعض [2] الى تحديد قيمة نصيب كل مالك وقت النزاع بحيث يدخل فى حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص فى قيمته بعد الانشاء ، كما لو أصبح الحى الموجود به البناء حيا تجاريا مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى فى البناء كمحلات تجارية بما يزيد فى قيمتها دون قيمة الطبقات العليا . وذهب البعض الآخر ، وهو ما نفضله ،

---

(١) منصور مصطفى ، بند ١٠٢ .

(٢) محمد على عرفه ، بند ٣٥٧ . وقارب : عبد المنعم البدراوى ، بند ١٧٧ .

الى الاعتداد بقيمة البناء وقت انشائه ، دفعا لما قد يثـور من منـازعات فيما لو قلنا بالتقدير وقت النزاع [1] •

**حقوق الشركاء وواجباتهم :**

١٥٤ ـ واذا كانت ملكية الطبقات أو الشقق تقوم على أساس التفرقة بين الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة ، فان كلا منهما يخضع لنظام يختلف عن الآخـــر •

فالأجزاء المشتركة تخضع لنظام الشيوع الاجبارى :

١ ـ فلا يمكن طلب قسمة الأجزاء المشتركة ، ولا يمكن التصرف فيها مستقلة عن الطبقة أو الشقة ذاتها ( م ٢/٨٥٦ ) •

٢ ـ و « كل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار ، حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون اســـتعمال باقى الشركاء لحقوقهم » ( م ٢/٨٥٧ ) • فحق المـالك فى استعمال الأجزاء المشتركة لا يقيده سوى أن يكون فى الغرض المعدة له من ناحية والا يضر بالشركاء الآخرين من ناحية أخرى • فلا يجوز لأحد الملاك مثلا أن يسند جدار بناء بقيمة على أرض مجاورة على جدار الدار التى يملك طبقة أو شقة فيها ، ولا يجـوز للشريك أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم فى عرض منتجاته أو بضـائعه ولو كان نصيبه فى البناء متجرا ، ولا يجوز لأحد الشركاء أن يستأثر باستعمال هذه الأجزاء دون شركائه اذا كان استعمالها يقتضى التناوب ، كحجرة للغسيل مثلا •

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٥٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٢ ، السنهورى ، بنـــد ٦٢٥ •

٣ ــ كذلك يكون للمالك طبقا للمادة ٨٥٧/٢ أن يحدث ما يراه من تعديل فى الأجزاء المشتركة دون حاجة الى الحصول على موافقة بقية الملاك، بشرط أن يكون من شأن هذا التعديل تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة دون تغيير فى تخصيصها أو اضرار بالملاك الآخرين ، وبشرط أن يتحمل وحده نفقات هذا التعديل .

٤ ــ وعلى الملاك وفقا للمادة ٨٥٨/١ أن يتقاسموا تكاليف حفظ الأشياء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها كل بنسبة قيمة الجزء الذى له فى البناء ما لم يتفق على غير ذلك ، وليس بحسب الانتفاع الفعلى بالأجزاء المشتركة ؛ تجنبا لما يثيره تقدير الانتفاع الفعلى من منازعات . وتقدر قيمة الجزء الذى لكل مالك فى البناء على النحو الذى سبق أن رأيناه .

وقد نصت المادة ٨٥٨/٢ على أنه « لا يحق للمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر » ، وذلك لأن انتفاعه بالطبقة أو الشقة غالبا ما يفترض الانتفاع بالأشياء المشتركة . فيلزم للتخلص من هذه النفقات التخلى عن كل نصيبه المقرر فى الدار بما يتبعه من أشياء مشتركة .

أما الأجزاء الخاصة فتخضع لنظام الملكية المفرزة بحيث يكون للمالك وحده عليها كافة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف ؛ مع مراعاة القيود المختلفة التى ترد على هذه السلطات ، ويتحمل وحده بما تتطلبه من نفقات .

على أنه يراعى فى هذا الشأن أن لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة أهمية خاصة فى هذا الصدد بالنظر لطبيعة الجوار الذى يربط الملاك ببعضهم . فلا يجوز للمالك مثلا أن يقوم فى طبقته أو شقته بعمل يكون من شأنه اضعاف البناء .

كذلك يراعى أن تصرف الشريك فى الجزء الذى يملكه ملكية مفرزة لأجنبى قد يضر بباقى الشركاء • لذلك فقد يتفق الشركاء على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف فى طبقته أو شقته الى أجنبى الا بموافقتهم •

ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لمشروعية المصلحة التى يرمى الى تحقيقها ، ويأخذ حكم الشرط المانع من التصرف • وبالمثل فان تصرف الشريك فى طبقته أو شقته لأشخاص متعددين ، بعد تقسيمها ، قد ينزل من مستوى المبنى ، لذلك فقد يتفق الشركاء على منع مثل هذا التصرف • ويذهب الفقه الى اعتبار مثل هذا الشرط الأخير مقررا لحق ارتفاق على كل طبقة أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى [1] •

**ادارة الاجزاء المشتركة :**

١٥٥ ــ تتم ادارة الأجزاء المشتركة طبقا لقواعد الادارة فى الملكية الشائعة العادية على التفصيل السابق بيانه • على أن المشرع قد أجاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لادارة الأجزاء المشتركة ، ووضع لهذه الادارة نظاما خاصا لا يطبق الا فى حالة تكوين الشركاء لمثل هذا الاتحاد •

ويلاحظ أن تكوين الاتحاد اختيارى فى التقنين المدنى المصرى على عكس الحال فى القانون الفرنسى • ولم ينص المشرع على اعتبار الاتحاد شخصا معنويا ، ومع ذلك فهو يعتبره شخصا معنويا ، اذ يجعل له ذمة خاصة ويجيز له التقاضى باسمه • ولكن تكوين الاتحاد لا يؤدى الى اعتباره مالكا للبناء ، فتبقى هذه الملكية للشركاء على النحو السابق بيانه• وبالرغم من أن الاتحاد تتوافر له مقومات الجمعيات الا أن المشرع لا يخلع

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٥١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٥٣ •

عليه هذه التسمية ولا يخضعه لأحكام الجمعيات وانما لأحكام خاصة وضعها بشأنه [1] .

وللاتحاد أن يضع نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وادارته . فاذا وضع الاتحاد مثل هذا النظام كان هو المرجع فى كل ما يعرض له بشأن الانتفاع والادارة . ويلاحظ أن المشرع قد اشترط أن يكون وضع النظام بموافقة جميع الشركاء خلافا لما عليه الحال فى الشيوع العادى حيث تكفى موافقة أغلبية الشركاء لوضع مثل هذا النظام طبقا للمادة ٨٢٨/٢ من التقنين المدنى . ويسرى النظام الذى يضعه الاتحاد على خلفاء الشركاء بالرغم من عدم نص المشرع على ذلك صراحة ، قياسا على ما تقضى به المادة ٨٢٨/٢ بالنسبة للشيوع العادى ، خاصة وأن هذا النظام يتم وضعه بالاجماع وليس بالأغلبية كما هو الحال فى الشيوع العادى .

فاذا لم يضع الاتحاد نظاما للادارة أو أغفل النظام الذى وضعه بعض الأمور ، كانت للاتحاد ، طبقا للمادة ٨٦٤ وما بعدها ، سلطة الادارة وسلطة تجديد البناء عند هلاكه . وتكون قرارات الاتحاد فى هذا الشأن ملزمة اذا كان جميع ذوى الشأن قد دعوا الى الاجتماع بكتاب موصى عليه وصدر القرار من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء . والادارة التى تكون من حق الاتحاد بالأغلبية العادية المذكورة تشمل الادارة المعتادة و غير المعتادة على السواء . ومن أمثلة أعمال الادارة غير المعتادة ما تنص عليه المادة ٨٦٥ من اجراء تحسينات أو تركيبات جديدة فى العقار مع الزام كافة الملاك بالمساهمة فى نفقاتها ، كتجميل المدخل أو توسيع الباب العمومى أو باب الجراج المشترك ، والاذن بالقيام بهذه

---

(١) يلاحظ ان المشرع ، فى المادة ٨٦٢ من التقنين المدنى ، يجيز تكوين اتحاد « لا بغرض ادارة البناء المشترك وانما بقصد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها » . ولم يضع المشرع نظاما لمثل هذا الاتحاد فتطبق فى شأنه أحكام الجمعيات .

الأعمال لأحد الملاك على نفقته اذا لم ير الاتحاد تحميلها لجميع الملاك وطلب أحدهم القيام بها ، وفرض تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقـــار •

أما تجديد البناء عند هلاكه بنفس الأغلبية فقد نصت عليه المـادة ١/٨٦٨ بقولها :

١ ــ اذا هلك البنـــاء بحـــريق أو بسبب آخـــر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليهـا فى المـادة ٨٦٤ ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك •

٢ ــ فاذا ما قرر الاتحاد البنـــاء خصص ما يســتحق من تعــويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون اخلال بحقوق أصحـــاب الديون المقيدة » ( م ٢/٨٦٨ ) •

ومقتضى ذلك أنه اذا لم يوجد اتفاق على عدم التجديد كان للاتحاد أن يقرره بالأغلبية العادية ولو كان تجديد البناء على نحو يختلف عمـا كان عليه ، وأنه اذا ما استحق عوض عن الهلاك كمبلغ تأمين أو تعويض يلتزم به المتسبب فى الهلاك أو تدفعه الدولة ، خصص هذا المبلغ لأعمال التجديد رغما عن ارادة الأقلية المعارضة لأعمال التجديد ، بعد وفاة ما قد يكون هناك من ديون مضمونة بالعقار منها •

وقد نصت المـادة ٨٦٩ على أن :

١ ــ كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء لتمكينـــه من القيـــام بالتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعـلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار •

٢ ــ وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده » • ولكن ليس

معنى ذلك أن للاتحاد أن يقرر بالأغلبية منح هذا القرض اذ أن المشرع لم ينص على أن منح القرض يكون بالأغلبية خلافا لما قضى به فى بقية المسائل الأخرى . لذلك يبدو أنه لا يمكن اجبار أحد الملاك على المساهمة فى مثل هذا القرض دون موافقته .

١٥٦ — وقد نصت المادة ٨٦٩ على أن يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ويمثله أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك اذا اقتضى الأمر ذلك . وعليه اذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الأشياء المشتركة وحراستها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . ويكون تعيين المأمور بنفس الأغلبية العادية السابقة ، فاذا لم تتحقق هذه الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد اعلان الملاك الآخرين وسماع أقوالهم . ويكون للمأمور أجر على القيام بمهمته يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه ( م ١/٨٦٧ ) . ويجوز عزل المأمور بقرار من الاتحاد بنفس الأغلبية أو بأمر يصدر من المحكمة السابق ذكرها أيضا ( م ٢/٨٦٧ ) .

## المطلب الثانى

### النظام الاتفاقى لملكية الطبقات ( العلو والسفل )

١٥٧ — اذا كان الأصل كما تقدم أن هيكل البناء ذاته ، بما يشمله من جدران خارجية وأسقف ، يعتبر ملكا مشتركا ، الا أن هذه القاعدة يجوز الاتفاق على خلافها فى سندات التمليك . فاذا نص فى هذه السندات على أن الملكية المفرزة للطبقة أو الشقة تشمل الجدران المحيطة بها وسقفها ، اختلف التنظيم القانونى لملكية الطبقات أو الشقق عن النظام العام السابق الاشارة اليه ، فيحكم هذه الملكية قواعد الملكية المفرزة ،

ويحدد العلاقة بين الملاك فيما يتعلق بالطبقات أو الشقق ذاتها ما يكون للعلو على السفل من حق القرار .

وحق القرار ان كان حقا عينيا من حيث انه يرد مباشرة على الشيء ، ويتضمن فرض التزامات على صاحب السفل لتمكين صاحب العلو من مباشرة حقه ، وأخرى على صاحب العلو لتحديد مضمون حقــه ، وهى التزامات عينية يستطيع الملتزم بها أن يتخلص منها اذا هو تخلى عن حقه.

**١ ــ التزامات صاحب السفــل :**

١٥٨ ــ تضع المــادة ٨٥٩/١ على صاحب السفل التزاما بالقيــــام بالأعمال والترميمات اللازمة فى ملكه لمنع سقوط العلو ، سواء كان ذلك فى الجدران المحيطة بطبقته أو فى سقفها . فاذا امتنع صاحب السفل عن القيام بذلك كان لصاحب العلو بمقتضى المــادة ٨٥٩/٢ أن يلجأ الى القضاء العادى الذى يجوز له بمقتضى نفس المــادة أن يأمر ببيع السفل.

ولم ينص المشرع على حق صاحب العلو فى أن يطلب الاذن له بالقيام بترميم السفل على نفقة صاحبة بدلا من بيعه . ولكن ذلك جائز له بمقتضى المــادة ٢٠٩ فى القواعد العامة التى تقضى بجواز طلب ترخيص من القضاء فى تنفيذ الالتزام بعمل على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا [1] . فاذا كان قيام صاحب العلو بالترميم قد اقتضى تســليم السفل اليه كان له طبقا للقواعد العامة فى الحبس أن يمتنع عن رده حتى يستوفى حقه . ويمكن القول فى هذه الحالة بأنه يجوز لصــاحب العلو أن يحصل على اذن من المحكمة فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه قياسا على حكم المــادة ٥٦٠/٢ التى ستأتى الاشارة اليها [2] .

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٦٣ ، منصور مصطفى منصور ، بنـــد ١٠٦ ، السنهورى ، بنـــــد ٦١٧ .

(٢) المراجع المشار اليهــا أعــــلاه .

١٥٩ ــ واذا تهدم السفل لم يكن من سبيل أمام صاحب العلو لممارسة حقه سوى اعادة بنائه • لذلك فقد وضعت المادة ١/٨٦٠ التزاما على عاتق صاحب السفل باعادة بناء سفله •

ومن الواضح أن التزام صاحب السفل لا يكون الا اذا كان البناء قد انهدم فعلا ، بحيث لا يجوز لصاحب العلو أن يطلب هدم البناء واعادة بناء السفل بحجة أنه آيل للسقوط ، وان كان له أن يلجأ الى السلطات الادارية المختصة لتقرير هدم البناء ثم يلجأ الى القضاء لطلب تنفيذ الأمر بالهدم [1] •

وبديهى أن مثل هذا الالتزام لا يقوم كذلك اذا كان انهدام السفل بخطأ من صاحب العلو • ففى هذه الحالة يلزم صاحب العلو بالتعويض ولا يلزم صاحب السفل باعادة بناء سفله ، ولكن اذا قام صاحب السفل من تلقاء نفسه باعادة بنائه كان لصاحب العلو أن يعيد بناء علوه اذا كان قد أوفى بالتزامه بالتعويض [2] •

فاذا امتنع صاحب السفل عن بناء سفله مع وجوب ذلك عليه كان لصاحب العلو أن يحصل على اذن من القضاء باعادة بنائه على نفقة صاحبه طبقا للقواعد العامة • ولكن المشرع تيسيرا على صاحب العلو قد خول له فوق ذلك أن يستصدر أمرا ببيع السفل ، فيكون الثمن من حق صاحب السفل ويصبح المشترى هو الملتزم باعادة البناء • على هذا النحو نصت المادة ١/٨٦٠ على أنه يجوز للقاضى « أن يأمر ببيع السفل الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » •

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٦٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهورى ، بند ٦١٨ •

(٢) السنهورى ، بند ٦١٨ •

فاذا أعاد صاحب العلو بناء السفل كان له أن يحبسه عن صاحبه حتى يوفى اليه ما أنفقه ، تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس • وقد نصت المادة ٨٦٠/٢ على ذلك صراحة بقولها « لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته » • ولكن المادة ٨٦٠/٢ قد أضافت الى ذلك حكما آخر يخرج عن القواعد العامة ، تيسيرا على صاحب العلو فى استيفاء ما قام بانفاقه ، فجعلت له « أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » خلافا للقواعد العامة فى الحبس التى لا تخول للدائن الحابس سوى الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس دون استعماله أو استثماره •

**٢ ــ التزامات صاحب العلو :**

١٦٠ ــ اذا كان مقتضى الحق فى القرار أن يرتكز صاحب هذا الحق على السفل فى بنائه ، فقد يكون حق القرار مطلقا بحيث يكون لصاحب العلو ــ بمقتضى سند الملك ــ أن يزيد فى بنائه فوق السفل ما شاء ، وقد يكون مقيدا بارتفاع معين لا يتجاوزه • ولكن فى جميع الأحوال يتحدد حق صاحب العلو بعدم الاضرار بالسفل • تطبيقا لذلك نصت المادة ٨٦١ على أنه « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » •

واذا كان حق صاحب العلو مقيد على هذا النحو بعدم الاضرار بالسفل فانه يمكن القول استنادا الى ذلك أنه لا يجوز له أن يثقل سقف السفل بما يجاوز طاقته ولو لم يتمثل ذلك فى البناء فوقه ، كما يلتزم بصيانة سطح أرضية طبقته أو شقته حتى لا يترتب على تلفها الاضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفل •

# فهـــــرس

صفحة



## البــاب الثــانى

صفحة


## البـــاب الثـــالث


صفحة


صفحة

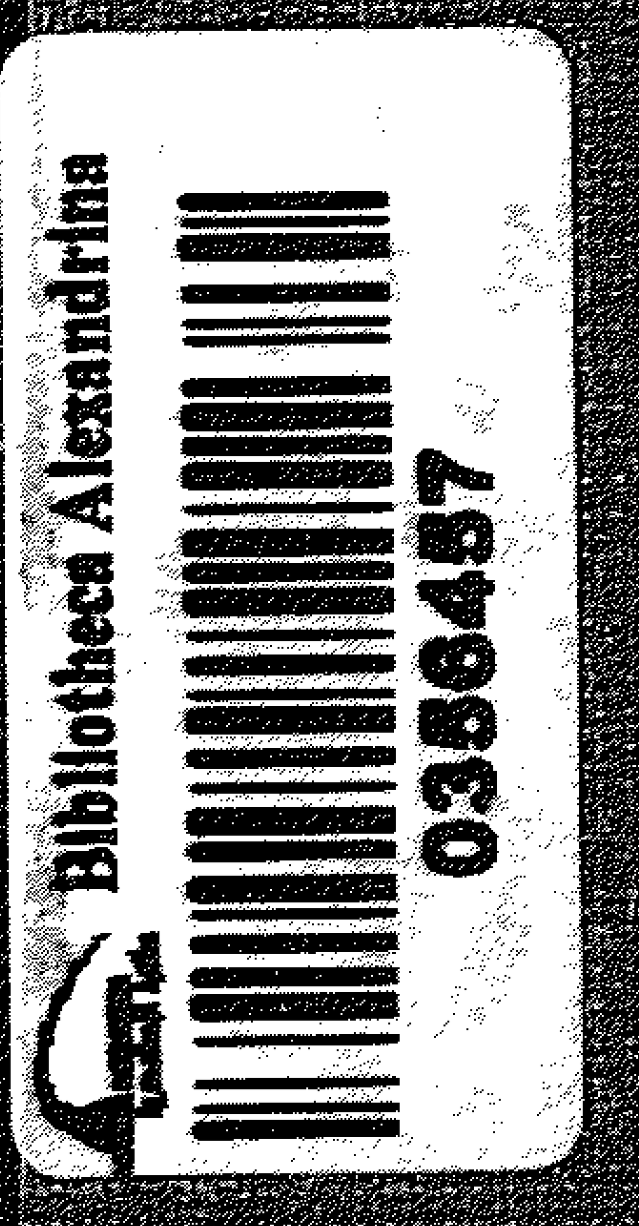
صفحة

مطابع مؤسسة الاهـرام








Bibliotheca Alexandrina
03586457